

WYROK

z dnia 9 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. **przez odwołującego Konsorcjum wykonawców:** „BECKER – WARKOP” Sp. z o.o. z s. w Świerklanach ul. Przemysłowa 11; 44-266 Świerklany – Lider Konsorcjum, „HYDROTECH” S.A. z s. w Rybniku ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik – Członek Konsorcjum w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** TAURON Wydobycie S.A. z s. w Jaworznie ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno

przy udziale przystępującego Konsorcjum wykonawców: WĘGLOKOKS S.A. z s. w Katowicach ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice – Lider Konsorcjum, KONKO S.A. z s. w Mysłowicach ul. Fabryczna 6, 41-404 Mysłowice – Członek Konsorcjum **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża „BECKER – WARKOP” Sp. z o.o. z s. w Świerklanach ul. Przemysłowa 11; 44-266 Świerklany – Lider Konsorcjum, „HYDROTECH” S.A. z s. w Rybniku ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik – Członek Konsorcjum i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną „BECKER – WARKOP” Sp. z o.o. z s. w Świerklanach ul. Przemysłowa 11; 44-266 Świerklany – Lider Konsorcjum, „HYDROTECH” S.A. z s. w Rybniku ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik – Członek Konsorcjum tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od „BECKER – WARKOP” Sp. z o.o. z s. w Świerklanach ul. Przemysłowa 11; 44-266 Świerklany – Lider Konsorcjum, „HYDROTECH” S.A. z s. w Rybniku ul. Poligonowa 21, 44-251 Rybnik – Członek Konsorcjum kwotę 3600zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pn.: „Dostawa fabrycznie nowej obudowy zmechanizowanej do pokładu o grubości do 3,7 m dla TAURON Wydobywie S.A.", Nr referencyjny: 2019/TWD/TWD/02393/L/210/P/AP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z 27 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 229- 563099. Zamawiający zamieścił SIWZ na stronie internetowej pod adresem: <http://swiz.auron.pl>

Odwołanie z dnia 7 maja 2020r.

Odwołujący zarzuca czynnościom i zaniechaniom zamawiającego naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 9 lutego 2018 r., Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm., dalej: „uznk”) przez błędne przyjęcie, że Konsorcjum wykazało, iż wszystkie informacje i dokumenty zawarte w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do krytycznego zweryfikowania czy Konsorcjum wykazało wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk;

2. art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że oferta ta nie została wybrana przy przestrzeganiu ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oferty;

b) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym;

c) odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, którą Zamawiający winien był wybrać jako najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, bowiem w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą Konsorcjum. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji Odwołujący mógłby się zapoznać z wyjaśnieniami dotyczącymi wyliczenia ceny złożonymi Zamawiającemu i m.in. sprawdzić, czy Konsorcjum faktycznie wykazało w nich, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zyskałby zatem realną możliwość sprawdzenia, czy Zamawiający dokonał prawidłowego badania oferty Konsorcjum, w szczególności czy nie zaniechał jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny lub nieudzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W tym celu niezbędne jest jednak zapoznanie się przez Odwołującego z pełną treścią wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych Zamawiającemu. Dzięki temu Odwołujący będzie rzeczywiście mógł zakwestionować wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oferty.

Przez zaniechanie powyższych czynności oraz dokonanie wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2020 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z ww. informacją Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum. Natomiast oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na 2 miejscu w rankingu ofert. Po otrzymaniu ww. informacji Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie m.in. wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych

przez Konsorcjum. Zamawiający przekazał Odwołującemu ww. wyjaśnienia w dniu 29 kwietnia 2020 r. i po zapoznaniu się z nimi Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie odtajnił (nie ujawnił) i nie udostępnił Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum w piśmie stanowiącym odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 07 maja 2020 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymoganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o umożliwienie wglądu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (nr pisma 122201/GH/665/2020 z 29 kwietnia 2020 r.), w odpowiedzi na które Zamawiający udostępnił na platformie Tauron SWIZ tylko część dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień przez Konsorcjum. Zamawiający nie udostępnił Załącznika nr 1 do pisma o znaku HP/JS/2020/04/16 z dnia 20 kwietnia 2020 r.

Wobec czynności Zamawiającego polegającej na nieudostępnieniu Załącznika nr 1, i przy braku reakcji Zamawiającego na kolejne pismo Odwołującego wzywające do udostępnienia ww. Załącznika (nr pisma 122201/DW/671/2020 z 04 maja 2020 r.), niniejsze odwołanie stało się koniecznością.

Trzeba przypomnieć, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym 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 ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez Konsorcjum nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym

zakresie w jaskrawy sposób naruszy obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. O obowiązku odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych dokumentów i informacji przesądzają następujące względy.

W ocenie Odwołującego ogólnikowość uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum jednoznacznie wskazuje, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek dla skutecznego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji zastrzeżenie tajemnicy w zakresie objętego zastrzeżeniem Załącznika nr 1 nie może być uznane za skuteczne.

Ponadto w odniesieniu do dalszych ogólnikowych wyjaśnień Konsorcjum zawartych w piśmie o znaku HP/JS/2020/04/16 z dnia 20 kwietnia 2020 r., Odwołujący podkreśla, iż jako stale uczestnik w przetargach w przedmiotowej branży, tak samo jak i Zamawiający, ma doskonałą orientację w rynku urządzeń, a także cen urządzeń jak i cen materiałów i usług (ceny stali, ceny procesów technologicznych). Tak więc rynkowe ceny urządzeń są ogólnie znane, więc łatwe do zweryfikowania co do rzetelności, a wiedza na ich temat nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający powinien także obiektywnie ocenić tajemnicę przedsiębiorstwa z punktu widzenia informacji znajdujących się na stronie internetowej KONKO SA, gdzie przedsiębiorca ten chwali się doświadczeniem w zakresie produkcji sekcji obudów zmechanizowanych opisane tam jako współrealizacja nie więcej niż 20 sekcji obudów zmechanizowanych i to w kooperacji z innym podmiotem.

Nie jest więc trudne pozyskanie z ogólnodostępnych źródeł tych informacji, które musiały się znaleźć w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Konsorcjum a dotyczą jego źródła zakupów (konkretni sprzedawcy czy dostawcy), a nawet możliwych do uzyskania na rynku

Żadną miarą także nie sposób akceptować zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa składowych kalkulacji, ilości i jednostki miary, stawki podatku, które to przecież informacje wprost wynikają z opisu przedmiotu zamówienia. Każdy wykonawca ma prawo też do sprawdzenia czy nie doszło do inżynierii wyceny.

Tajemnicą nie mogą być także objęte takie informacje, które wskazują na typową produkcję według norm procesów technologicznych, czy standardowe koszty pracy ponoszonych dla zatrudnienia fachowców o wymaganych kompetencjach i doświadczeniu (np. posiadane kwalifikacje spawalnicze), czy kosztów gwarancji i rękojmi.

II. Powyższy stan faktyczny wskazuje jednoznacznie na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych przez Konsorcjum, mimo że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających do zastrzeżenia takich informacji w toku Postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie przekazując Odwołującemu w okresie na skorzystanie ze środków ochrony prawnych kompletnych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum, faktycznie respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez tego wykonawcę, mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku przestrzegania zasady jawności.

Odwołujący podkreśla, że zgodnie z 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 tajemnice przedsiębiorstwa. Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Kwestia powyższa nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”). Tytułem przykładu wskazać można na wyrok KIO z dnia 02 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15: „ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie (...). W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie jak również wykazanie, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa - czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie - składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnice obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków

zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji”.

W orzecznictwie KIO nie budzi też żadnych wątpliwości, że zasada jednoczesnego wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Na powyższe wskazano m.in. w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2322/16: „Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców, niż tylko w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczne informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.”

Analogiczne stanowisko Izba wyraziła również w wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2861/15, KIO 31/16, dotyczącym zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśliła w nim, że: „(...) dla zachowania informacji w poufności nie jest wystarczającym ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale koniecznym jest wykazanie przez zastrzegającego, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym wskazany obowiązek wykazania oznacza więcej niż wyjaśnienie przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą.

Skład orzekający Izby wskazuje nadto, że poszerzenie uzasadnienia zachowania informacji w poufności po terminie złożenia samych informacji jest niedopuszczalne - przepis art. 8 ust 3 Pzp stanowi bowiem, że zastrzeżenie informacji oraz wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co w przedmiotowym przypadku rozumieć należy „nie później niż w terminie składania wyjaśnień”.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się bowiem, że pomimo, że przepis art. 8 ust 3 Pzp odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu. Ze względu na powyższe skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dodatkowej argumentacji przystępującego co do zachowania w poufności informacji w piśmie z dnia 11 grudnia 2015 r., zawartej w piśmie z dnia 28 grudnia 2015 r. (próba wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa po terminie).”

Trzeba też podkreślić, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia. Jak to słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 30 września 2016 r., sygn. akt: KIO 1743/16: Jak wynika z powołanego przepisu (tj. art. 8 ust. 3 PZP- przyp. Odwołującego) na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnica przedsiębiorstwa.” Analogiczne stanowisko Izba wyraziła również w wyroku z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15: „Wskazać należy, że zgodnie z znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust 3 ustawy PZP wykonawca zastrzegające określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa jest obciążony ciężarem dowodu wykazania zamawiającemu zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca ma zatem obowiązek wraz z ofertą udowodnić, przedkładając w tym celu odpowiednie dowody, że dana informacja zasługuje na ochronę.” Z kolei w wyroku z dnia 4 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 84/16, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała wprost, że: „Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności.”

III. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum zawarło jedynie ogólne bez poparcia ich jakimikolwiek dowodami.

Odnosząc powyższe wypowiedzi Izby do niniejszej sprawy podkreślić trzeba, że w piśmie z 20 kwietnia 2020 r., Konsorcjum zawarło zdawkowe, wręcz symboliczne uzasadnienie

dokonanego zastrzeżenia. W powyższym uzasadnieniu zastrzeżenia Konsorcjum generalnie ograniczyło się do nic nie wnoszących do sprawy ogólników, wręcz frazesów. Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia nie zawiera żadnych konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, równie dobrze mogło by go w ogóle nie być.

Z treści przedstawionego przez Konsorcjum uzasadnienia zastrzeżenia wynika tylko tyle, że zobowiązani do zachowania poufności zastrzeżonych informacji są wyłącznie członkowie zarządu spółki i kluczowi menadżerowi spółki KONKO S.A. Co więcej, powyższe zobowiązanie wynika tylko i wyłącznie z przepisów prawa, natomiast nie zostały zawarte odpowiednie umowy o zachowaniu poufności przez ww. osoby. Tymczasem wskazane przez Konsorcjum przepisy (bardzo słabo jeśli w ogóle) chronią tajemnicę przedsiębiorstwa, zatem powszechną praktyką jest jej zabezpieczanie poprzez zawieranie umów o zachowaniu poufności. Co więcej, z przedstawionego przez Konsorcjum uzasadnienia zastrzeżenia wynika, że do zachowania poufności zastrzeżonych informacji w żaden sposób nie zostali zobowiązani:

- dostawcy, kooperanci i współpracownicy Konsorcjum (a tacy niewątpliwie będą zaangażowani w realizacji przedmiotowego zamówienia, gdyż nie jest po prostu możliwe, aby od początku do końca zostało ono w pełni samodzielnie zrealizowane przez Konsorcjum),
- drugi członek Konsorcjum, tj. WĘGLOKOKS S.A.,
- pracownicy i członkowi zarządu drugiego członka Konsorcjum, tj. WĘGLOKOKS S.A. (tymczasem nie jest możliwe, że ww. osoby nie posiadają żadnej wiedzy co do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, skoro to WĘGLOKOKS S.A. złożył w imieniu Konsorcjum wyjaśnienia ceny a podpisał je pan Jacek Krzysztof Sama, pracownik WĘGLOKOKS S.A.)

Już tylko w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że w rzeczywistości Konsorcjum nie podjęło realnych i skutecznych działań w celu utrzymania ich w poufności, przy zachowaniu należytej staranności. Jak to słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 17 czerwca 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 148/19: „Z uwagi na wagę takich danych (tj. wyjaśnień ceny - przyp. Odwołującego) jak i skutki braku wykazania podjęcia czynności wskazanych w art. 8.3 pzp - konieczne jest przedsięwzięcie czynności w celu ich ochrony, w tym poprzez właściwe wykazanie ich podjęcia. Z dowodów zaoferowanych Sądowi Okręgowemu na okoliczność wdrożenia przez Konsorcjum systemu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika jednak, by podjęcie takich działań w istocie miało miejsce i to u obu wykonawców wchodzących w skład tego Konsorcjum. Za powyższe wykazanie nie można bowiem uznać twierdzenia o zobowiązaniu pewnego grona osób oraz „wybranych innych osób” do zachowania poufności „na mocy przepisów prawa” i Regulaminu pracy oraz twierdzenia o

dostęp do materiałów „przechowywanych z zachowaniem szczególnych procedur bezpieczeństwa” tylko upoważnionym pracownikom.

W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż nie zostały wykazane przesłanki objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnienia Konsorcjum (...) sp. z o.o., (...) S.A. złożone w trybie art. 90 ust. 1 pzp i nakazał w pkt 1. swojego wyroku ich odtajnienie przez zamawiającego i udostępnienie skarżącemu (...) S.A.”

W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko Sądu Okręgowego w całej rozciągłości ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie.

Ponadto, jak się podkreśla w orzecznictwie KIO, tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów (tak np. w wyroku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt 783/18). W niniejszej sprawie wykonawca Konsorcjum nie wyjaśniło Zamawiającemu ani nie wykazało, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawnie. W szczególności nie jest takim wyjaśnieniem zdawkowe stwierdzenie, że: „(...) niewątpliwie informacje zawarte w załączniku nr 1 mają wartość gospodarczą dla KONKO S.A. w szczególności dotyczy to informacji takich jak: koszt produkcji oferowanego produktu, koszty jego transportu, koszty ogólne, wysokość marży.

Wszystkie te dane wskazują jednoznacznie na sposób budowania ceny oferty, który jest właściwy nie tylko dla tego konkretnego postępowania, ale również innych zamówień, o których realizację spółka ubiega się aktualnie lub ubiegać będzie w przyszłości.”

W rzeczywistości wszystkie ww. koszty nie mają charakteru stałego, lecz są zmienne w czasie. Koszt produkcji zależy m.in. od kosztu zakupu niezbędnych materiałów, a te zmieniają się praktycznie z dnia na dzień, jak również od kosztów pracowniczych, które także nie są stałe i niezmiennie, gdyż wynagrodzenia pracowników rosną, nie tylko wskutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, a niekiedy także spadają. Z kolei koszty transportu zależą przede wszystkim od cen paliwa, a ta mogą zmienić się nawet kilka, kilkanaście razy tego samego dnia. Wreszcie nie ma czegoś takiego jak stała i niezmienna marża - w rzeczywistości wysokość marży jest zawsze ustalana indywidualnie na potrzeby danego konkretnego zamówienia. Zatem wszystkie wskazane przez Konsorcjum koszty mają znaczenie, ale tylko i wyłącznie w skali danego konkretnego zamówienia i nie stanowią (gdyż nie mogą stanowić) stałych czy niezmiennych cech spółki.

Nie sposób też nie zauważyć, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum jest uniwersalnym pismem, które można złożyć praktycznie w każdym przetargu.

Podsumowując, w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) dokumenty i informacje stanowiące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, czyli Załącznik nr 1, bez żadnych wyłączeń ani ograniczeń. Konsorcjum zastrzegając ww. Załącznik nie wywiązało się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane dokumenty i informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

IV. Odwołujący pragnie podkreślić, że powszechną praktyką wykonawców jest zastrzeganie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem w świetle orzecznictwa KIO w znakomitej większości wypadków wyjaśnienia ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzegane informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Tytułem przykładu Odwołujący zwraca uwagę na stanowisko KIO wyrażone w następujących orzeczeniach:

a) wyroku z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2360/14: „na podstawie dokonanego badania rodzaju informacji zawartych w tym piśmie (tj. wyjaśnieniach ceny - przyp. Odwołującego) Izba nie stwierdziła żadnych informacji noszących znamiona art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to jest informacji mających wartość gospodarczą. Izba na rozprawie przeprowadziła dowód z pisma przystępującego (wykonawcy wybranego) z dnia 20 października 2014 r. jednocześnie je nie odtajniając na czas procesu uznając, że nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Ze względu na powyższą okoliczność Izba przywołując i opisując w ustaleniach Izby pismo z dnia 20 października 2014 r. nie wymienia kwot czy liczb, czy innych danych, które przystępujący zastrzegł odpowiadając na skonkretyzowane wezwanie zamawiającego z dnia 9 października 2014 r. Wyjaśniając powyższe stwierdzenie, że żadna z informacji w tym piśmie nie ma wartości gospodarczej. Izba wywodzi to z faktu, że przystępujący nie wyjaśnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji a tym bardziej, że przyznał w piśmie z dnia 23 października 2014 r. że kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu. Czyli zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu to jest na użytek konkretnego postępowania. Według oceny przystępującego właśnie ta zmienność liczb, danych, cyfr w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest argumentem na to, że informacje te nie są upubliczniane, ponieważ każdorazowo są zastrzegane, jako tajemnica przedsiębiorstwa (...) "Wskazać należy, że przedstawione kalkulacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, w związku z czym nie były wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej" (...). Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji takiej konstrukcji

nieuubliczniania informacji nie chroni. W ocenie Izby, aby informacja była chroniona to musi mieć ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa a nie być zmienna kalkulacyjna na użytek każdego kolejnego postępowania. Bowiem informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stała dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperanci, wynalazki i patenty. W ocenie Izby informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma np.: wpływ na wycenę przedsiębiorstwa a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. Przystępujący powołuje się również na wynegocjowanie stawek, których nie chce ujawnić, aby nie stracić przychodów. W ocenie Izby nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Po to jest instytucja wyjaśniania podejrzeń, co do rażąco niskiej ceny. aby wykonawcy wyjaśnili nie tylko zamawiającemu, ale również konkurentom. jakie stawki i parametry tworzą zaoferowaną cenę, czy są one realne czy służą tylko spekulacji uzyskania zamówienia. Pokazanie samych stawek jednostkowych nie naraża wykonawcy na utratę przychodów czy zdradę tajemnicy, co do źródła tych stawek. Same stawki jednostkowe same w sobie nie powinny być chronione

b) w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2184/14, KIO 2185/14: „odnosząc się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności podkreślić należy; że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność. Zasada tak służy realizacji innej z naczelných dyrektyw określonych ustawą, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 8 ust. 3 tej ustawy, jako wprowadzający wyjątek od zasady jawności, nie może być interpretowany rozszerzająco.

W ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum S. nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarczą.

Tymczasem to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tych informacji. Zdaniem Izby, w zdecydowanej większości treść tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera, zwłaszcza że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością.”

c) wyroku z dnia 14 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1866/13: „odnośnie bezzasadnego utajnienia dokumentów; Izba uznała zarzut za uzasadniony. W ocenie Izby trudno w wyjaśnieniach Przystępującego z dnia 19 lipca 2013 r. dopatrzeć się elementów wskazujących

na tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia mają charakter ogólny, nie wskazują żadnych skonkretyzowanych okoliczności obiektywnych, właściwych tylko dla Przystępującego, z których mogłoby wynikać, że może on zaoferować cenę niższą, niż pozostali wykonawcy. Jedyną okolicznością tego rodzaju mógłby być fakt uzyskiwania upustów na produkty spożywcze (choć w niniejszym postępowaniu można mieć wątpliwość, czy można obniżyć wartość tzw. "wsadu do kotła", określonego przez Zamawiającego na kwotę 6,50 zł, jako minimalną) - ale trudno się spodziewać, że inne duże podmioty, realizujące podobne zamówienia, również nabywające hurtowe ilości produktów spożywczych takich rabatów nie mogłyby uzyskać. Zresztą żadnych dowodów na pozyskiwane upusty Przystępujący nie przedstawił. W dowodach na potwierdzenie uzyskiwanych konkretnych rabatów od określonych kontrahentów można by ewentualnie dopatrywać się ewentualności zachowania konieczności ich utajnienia, jednak nie można akceptować utajnienia nie popartego niczym samego oświadczenia o uzyskiwanym upuście."

Odwołujący pragnie wskazać ponadto za wyrokiem Izby z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa." Odwołujący pragnie ponadto zwrócić uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 745/08: ..Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. (...) Jednocześnie należy podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony." Identyczny pogląd Krajowa izba Odwoławcza wyraziła również w wyroku z dnia 27 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/08, w wyroku z dnia 29 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1455/08 oraz w szeregu innych orzeczeń. Podobnie: „W tym miejscu Izba wskazuje, iż nieprawidłowa jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby

czy inne dane winny być zastrzeżane" (tak KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 242/17).

V. Odwołujący pragnie również podkreślić, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał. Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku KIO z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14, Izba podkreśliła, że: „Zastrzeżenie jakichkolwiek informacji w postępowaniu o zamówienie publiczne musi być więc traktowane jako instytucja wyjątkowa, zaś nadużywanie tej możliwości musi być traktowane z pełną surowością i brakiem akceptacji, szczególnie, gdy poprzez wyłączenie możliwości zapoznania się ze swoimi dokumentami, wykonawca uniemożliwia kontrole ich zawartości innym podmiotom. Nieakceptowana jest praktyka czynienia zastrzeżenia informacji tylko po to by uniemożliwić czy ograniczyć konkurencyjnym wykonawcom zweryfikowanie zawartości merytorycznej oferty, jej uzupełnienia, wyjaśnień czy składających się na nią dokumentów. Tym z większą starannością winny być badane przez Zamawiającego przypadki zastrzeżenia informacji, zaś wszelkie wątpliwości co do braku uzasadnienia tego zastrzeżenia należy rozstrzygać na niekorzyść wykonawcy. To bowiem na wykonawcy, który zdecydował się na skorzystanie z instytucji mającej charakter wyjątku, ciąży obowiązek wykazania, że takie zastrzeżenie jest uzasadnione, a informacja ma charakter rzeczywistego dobra podlegającego ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Reasumując powyższą argumentację stwierdzić należy, że zaniechanie przez Zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez Konsorcjum wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Pzp. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a zapoznanie się z nimi ma jedynie uniemożliwić Odwołującemu złożenie odwołania rzeczowo kwestionującego zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny lub jako zgodnej z SIWZ. I tylko taki cel przyświeca Zamawiającemu.

VI. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez Konsorcjum Załącznika nr 1 nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych wyjaśnień jak i samej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Poprzez bezprawne zastrzeżenie Konsorcjum chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczyniło zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Za wyrokiem KIO z dnia 28 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1483/15, wskazać trzeba zatem, że: „nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia

określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego - powinny być badane z wyjątkową starannością”.

VII. Odwołujący pragnie również podkreślić, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO jako tajemnice przedsiębiorstwa zastrzega się konkretne informacje a nie dokumenty. Jak to słusznie wskazano w wyroku z dnia 2 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1745/13: Jakimi informacjami (ti. informacjami, które mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa - przyp. Odwołującego) zasadnie zastrzeżonymi mogą być - zdaniem Izby - tylko np. nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich, czy pewne dane stanowiące określona - uprawdopodobniona co najmniej - wartość gospodarcza dla danego wykonawcy. Tym samym nie każdy dokument może podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich idą elementach, takie zastrzeżenie może dotyczyć tylko jego określonej części ściśle określonego elementu7.” Jeszcze bardziej stanowczo Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 12 grudnia 2014 r.p sygn. akt: KIO 2520/14: „należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że ochronie podlegają informacje czy to techniczne, czy to technologiczne czy to organizacyjne czy inne posiadające wartość gospodarczą. Tak więc ochronie podlegają informacje a nie dokumenty, ich wyjaśnienia czy uzupełnienia oferty. ” Także z tego względu nie sposób zaakceptować zastrzeżenia w całości przez Konsorcjum Załącznika nr 1, zawierającego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny.

VIII. Podsumowując powyższe, wobec zastrzeżenia załącznika nr 1 do pisma Konsorcjum, jakakolwiek ocena złożonych wyjaśnień ceny nie jest możliwa, gdyż nie wiadomo co konkretnie w nich napisano i jakie dowody przedstawiono. Z ww. powodów zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień ceny (dokładnie załącznika nr 1) jest w pełni zasadny. Zamawiający powinien dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonać odtajnienia wyjaśnień ceny (dokładnie załącznika nr 1). Podstawą takiego zarzutu i żądania jest bowiem ewidentnie niewystarczające uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarte w pkt III pisma Konsorcjum, w tym przede wszystkim brak wykazania w jakikolwiek sposób, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i czy Konsorcjum faktycznie zastosowało te wszystkie środki, które ogólnikowo opisało.

Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną powyżej, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

IX. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum, pomimo że oferta ta nie została wybrana przy przestrzeganiu ustawy Pzp, wskazać trzeba, że zarzut ten stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Konsorcjum w celu umożliwienia ich sprawdzenia przez Odwołującego, to w konsekwencji wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej oferty bez uprzedniego odtajnienia (ujawnienia) wyjaśnień nie może być uznany za prawidłowy i zgodny z ww. przepisami.

Odwołujący wskazuje przy tym, że uwzględnienie przez Zamawiającego całości zarzutów niniejszego odwołania stosownie do art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przed otwarciem rozprawy, umożliwi usunięcie występującej wady postępowania, a KIO będzie uprawniona do umorzenia postępowania odwoławczego. Zamawiający, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp nie będzie zaś obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Zasadne byłoby więc uwzględnienie zarzutów niniejszego odwołania przez Zamawiającego w całości w odpowiedzi na odwołanie, jeszcze zanim KIO merytorycznie rozpatrzy sprawę na rozprawie.

W dniu 6 lipca 2020r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie

Działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych (pzp), ustosunkowując się do treści odwołania wniesionego przez konsorcjum: BeckerWarkop Sp. z o.o. oraz Hydrotech S.A. (dalej „Odwołujący”), Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego, a także o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 8 Prawa zamówień publicznych poprzez nieujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnicę przedsiębiorstwa przez konsorcjum: Węgłokoks SA. oraz Konko S.A. (dalej „Konsorcjum”). Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia mające uzasadnić zasadność kwalifikacji informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa są niewystarczające. Mają charakter ogólny i nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami.

Jak wskazuje Odwołujący, w konsekwencji zarzucanego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych ograniczona została konkurencja. Zdaniem Odwołującego został on pozbawiony możliwości weryfikacji czy wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Ponadto żąda dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zarzuty Odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych 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.

Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje zostały złożone przez Konsorcjum w odpowiedzi na żądanie złożenie wyjaśnień i wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Informacje zostały złożone wraz z pismem Konsorcjum, w którym wykazano zasadność objęcia przedstawionych informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Konsorcjum dokonało więc zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie przewidzianym przez Prawo zamówień publicznych-

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 wyroku z dnia 16 lutego 2018 roku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 197/18) wskazano test na weryfikację w praktyce czy określone informacje mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą skorzystać z przysługującej im ochrony:

a) nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, przy czym za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostaną uznane publicznie dostępne informacje, w tym np.: dane z KRS, dane CEIDG, dane zawarte w rocznych sprawozdaniach finansowych, informacje opublikowane na stronach internetowych, w ogólnodostępnych raportach, prasie branżowej lub na ulotkach informacyjnych, dane ujawnione w czasie publicznych prezentacji, daty stosowania określonych materiałów reklamowych przez przedsiębiorcę, informacje, co do których ustawodawca zobligował przedsiębiorcę do ich podania do wiadomości publicznej (np.

informacja o zakresie umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych przez pośrednika kredytowego);

b) muszą stanowić informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (np. plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposób organizacji pracy), w tym co najmniej minimalnej wartości ekonomicznej (tj. wykorzystanie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski);

c) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, przy czym nie mogą to być jakiegokolwiek działania, lecz takie, które mają zapewnić ochronę tych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych, działania te mogą mieć charakter techniczny (np.: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji lub technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa) lub prawny (np.: poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o pracę/ oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną).

W wyjaśnieniach z dnia 20 kwietnia 2020 roku Konsorcjum wskazało, że informacje zawarte w załączniku nr 1 obejmują elementy składowe ceny, w tym:

- 1) koszty produkcji oferowanego produktu;
- 2) koszty transportu;
- 3) koszty ogólne;
- 4) wysokość marży.

Informacje powyższe nie były znane Zamawiającemu przed ich przedstawieniem przez Konsorcjum. Zamawiający nie posiada specjalistycznej wiedzy dotyczącej procesu produkcyjnego, czasochłonności, stawek obowiązujących u producentów, kosztów roboczogodziny. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie są to informacje ogólnodostępne. Znamienne jest, że w odwołaniu poza stwierdzeniami negującymi poufny charakter tych danych nie zostały wskazane konkretne źródła skąd można pozyskać wiedzę na temat wysokości kosztów procesów produkcyjnych, surowców, obowiązującej stawki roboczogodzinowej oraz wysokości stosowanej marży:

Nadmienić należy, że w ramach niniejszego postępowania to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że wykazanie przedstawione Zamawiającemu było nieudowodnione lub nieskuteczne, czyli nie wykazywało waloru tajemnicy przedsiębiorstwa czyli, że zastrzegane informacje są powszechnie dostępne i znane, że nie mają wartości gospodarczej, że nie są to

informacje o charakterze technicznym, technologicznym czy organizacyjnym, lub że wykonawca nie zachował należytej ostrożności w celu zachowania poufności informacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 lutego 2020 roku, KIO 102/20).

Należy więc stwierdzić, że zastrzeżone przez Konsorcjum informacje nie są publicznie dostępne.

Przedstawione przez Konsorcjum informacje obejmują opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazując na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia stanowiącą o konkurencyjności firmy na danym rynku.

W orzecznictwie KIO przyjmuje się, że kalkulacja ceny może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (tak m.in. w wyroku z dnia 17 lutego 2016 roku, KIO 149/1; w wyroku z dnia 16 lutego 2018 roku, KIO 197/18). Dane te mają dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży.

Konsorcjum w piśmie z dnia 20 kwietnia 2020 roku wyraźnie zaznaczyło, że przedstawiony sposób kalkulacji ceny jest stosowany również w innych postępowaniach. Cytowane szeroko przez Odwołującego uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2014 roku (KIO 2360/14) jest więc w niniejszej sprawie bezzasadne. W sprawie, do której odnosi się przywołany wyrok, kalkulacja ceny została przygotowana wyłącznie na użytek konkretnego postępowania, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca.

W oparciu o stosowaną przez Konsorcjum kalkulację cen, konkurencyjne podmioty byłyby w stanie oszacować cenę jaką Konsorcjum (a dokładniej Konko S.A.) może przedstawić w organizowanych przetargach. Taka wiedza z całą pewnością stanowi wartość gospodarczą. Z tego też powodu należało uznać, że informacje przedstawione przez Konsorcjum posiadają wartość gospodarczą.

Konsorcjum w sposób wyczerpujący opisało jakie działania podejmuje celem zachowania w poufności przedstawionych Zamawiającemu informacji. Ograniczono krąg osób mających dostęp do przedmiotowych informacji (co w praktyce stanowi fundament prawidłowej ochrony informacji poufnych) oraz stosowane są procedury dotyczące zasad przechowywania takich informacji. Udostępnione informacje nie zostały nigdy upublicznione.

Przepis art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nakłada na wykonawcę obowiązek „wykazania”, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie używa natomiast sformułowania „złożenia dowodów”. Nie ma więc prawem wymaganego obowiązku składania przez wykonawców dowodów na okoliczność istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczności niniejszej sprawy nie wymagały dla potwierdzenia wyjaśnień Konsorcjum

składania dodatkowych dowodów. Ze względu na specyfikę informacji (sposób kształtowania ceny) wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum należało uznać za wyczerpujące.

Z powyższych przyczyn zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wnosząc odwołanie, jak przedstawiono we wstępnej części uzasadnienia wyroku, zaskarżył zaniechanie zamawiającego co do utajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego. Utajnione wyjaśnienia wykonawcy wybranego wskutek akceptacji zamawiającego, odnosiły się do wyjaśnień tegoż wykonawcy na wezwanie zamawiającego, w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Podejrzenie rażąco niskiej ceny odnosiło się do sposobu kalkulacji ceny przedmiotu zamówienia to jest dostawy obudowy zmechanizowanej do pokładu o grubości do 3,7 m dla zamawiającego, zawartego w Załączniku nr 1 do złożonych wyjaśnień w dniu 20.04.2020 roku.

W zaistniałej sytuacji odwołujący nie akceptując decyzji zamawiającego co do utajnienia wyjaśnień na temat sposobu kalkulacji ceny złożył odwołanie w którym podniósł naruszenie art.7 ust.1 i ust.3 w związku z art.8 ust.1 do ust.3 ustawy Pzp oraz art.11ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji co do wymogów informacji noszącej znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji powyższych zarzutów podniesiono naruszenie przez zamawiającego art. 91 ust.1 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut błędnej oceny wniosku wykonawcy wybranego o utajnienie sposobu kalkulacji ceny, odwołujący oparł o treść pisma tegoż wykonawcy z dnia 20.04.2020 roku. Wykonawca w piśmie tym składa wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jak i wniosek o utajnienie wyjaśnień zawartych w zał. nr 1 do tego pisma a stanowiącego o sposobie kalkulacji ceny przedmiotu zamówienia.

Reasumując odwołujący domaga się odtajnienia zał. nr 1 do pisma wykonawcy z dnia 20.04.2020r. uznając, że uzasadnienie w tym piśmie, nie stanowi o wykazaniu przez wykonawcę wybranego, w związku z art.8 ust.3 Pzp, że informacje zawarte w tym załączniku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu z art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analizując treść uzasadnienia odwołania należy stwierdzić, że odwołujący posługuje się w uzasadnieniu odwołania w maksymalny sposób i w maksymalnym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (Izby), wywodząc z niego wnioski usprawiedliwiające jego zarzuty i żądania.

Odwołujący argumentację wywiedzioną z przywoływanego orzecznictwa Izby jak i sądów okręgowych sprowadza do dwóch zagadnień. Po pierwsze wykonawca wybrany nie wykazał, że informacje z natury rzeczy, które zawarto w zał. nr 1 do pisma z 20.04.2020r. co do sposobu kalkulacji ceny i charakteru wskaźników w nim zawartych są informacjami, które potencjalnie mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art.11 ust.2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po drugie wykonawca wybrany nie spełnił wymagań formalnych wykazania/udowodnienia, że informacje zawarte w zał. nr 1 do pisma z dnia 20.04.2020r. zostały z należyłą starannością chronione przed upublicznieniem w myśl art.8 ust.3 pzp w związku z art.11 ust.2 uznk.

Nie jest możliwym i celowym w rozstrzygnięciu przedmiotowego sporu odniesienie się do licznie przywołanego orzecznictwa, ponieważ odnosi się do określonych stanów faktycznych i prawnych, ale możliwym jest zwrócenie uwagi Izby na rozstrzygnięcia co do interpretacji przepisów prawnych, przy wydaniu przedmiotowego rozstrzygnięcia sprawy.

Co do oceny przedmiotu sporu z uwagi na obowiązującą procedurę wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonych informacji w myśl art.8 ust.3 pzp oraz zachowania należytej staranności w ich ochronie w myśl art.11ust.2 uznk.

Co oznacza dla wykonawcy wybranego wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Według odwołującego wykazanie jest równoznaczne z udowodnieniem czyli złożeniem dowodów w postaci dokumentów obligujących poszczególne personel załogi do zachowania określonych informacji jako niedostępnych dla osób trzecich. W ocenie Izby równanie pojęć wykazanie i udowodnione nie wynika z treści przepisu pzp. W procedurach sądów powszechnych czy też administracyjnych udowodnienie jest sprecyzowane np.: do dokumentów, zeznań świadków, opinii biegłych, przesłuchania stron. Sama ustawa pzp przewiduje jako środek dowodowy: dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (art.190 ust.3 pzp.). W sprawie obowiązku dowodowego pzp przewiduje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art.190 ust.1 pzp.). Treść tego przepisu jest zbieżna z treścią art.6 k.c. zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Dla rozstrzygnięcia

zagadnienia czy wykazanie jest równoznaczne z udowodnieniem czyli przedstawieniem zamawiającemu dowodu w jednej z dopuszczalnych form przewidzianych w procedurach sądowych czy też wprost w procedurze odwoławczej, należy przywołać art. 90 ust.1, ust.2 i ust.3 pzp. Zgodnie z ich regulacją dla wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny wezwany wykonawca składa wyjaśnienia w tym dowody i ma obowiązek tym samym wykazać że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art.90 ust.3 pzp.). Natomiast przy wykazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa art.8 ust.3 pzp mówi o wykazaniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tak więc w tym miejscu pzp nie wymaga dowodów np. w postaci dokumentów czy też oświadczenia stron. W niniejszej sprawie wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego złożył na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oprócz wyjaśnień w tym zał. nr 1, wniosek i informację przez pełnomocnika J. K. S. o zastrzeżeniu informacji z zał. nr 1 jak i informacji o sposobie ochrony tych informacji u producenta KONKO S.A. Ze złożonego wniosku o utajnienie pismo z dnia 20.04.2020r. wynika, że partner Konsorcjum KONKO S.A. producent obudowy zmechanizowanej do pokładu powołał się na dostępność informacji stanowiących podstawę do kalkulacji jak i samą kalkulację tylko dla zarządu spółki jak i kluczowego kierownictwa. Przy czym powołał się na obowiązek dbałości o interesy spółki wynikający z ksh a dla tych drugich kodeks pracy. Ponadto wskazał na zabezpieczenie informacji stanowiących podstawę do kalkulacji jak i samej kalkulacji ceny przedmiotu zamówienia przez zaszyfrowanie tych informacji na nośnikach informatycznych oraz przez zabezpieczenie pomieszczeń czy miejsc przechowywania tych informacji przez zamki. W taki sposób KONKO chroni informację. Przy czym wniosek o utajnienie przekazanych informacji (załącznika Nr 1) złożył (podpisał) w imieniu Konsorcjum pełnomocnik pracownik Lidera Węgłokoks J. S., reprezentujący obok radcy prawnego Konsorcjum na posiedzeniu i rozprawie (wyciąg z protokołu z posiedzenia:(...)w imieniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: - P. F. – radca prawny, (- J. S. – zastępca kierownika działu rynków przemysłowych, pracownik WĘGŁOKOKSU(...)). Odwołujący złożył wniosek dowodowy przesłuchania p. J. S., który podpisał uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie czy można załącznik nr 1 objąć tajemnicą tylko co do poszczególnych informacji objętych tym dokumentem, a nie – jak uczyniono – objęto tajemnicą cały dokument oraz o przedstawienie informacji na temat procedur objęcia tajemnicą poszczególnych informacji u każdego z konsorcjantów na okoliczność, iż pismo z 20 kwietnia 2020 r. ma charakter ogólnikowy i nie wynika z niego, w jaki sposób u każdego z konsorcjantów podjęto działania w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Wniosek dowodowy, zgłoszony na rozprawie, o przesłuchanie J. S. w charakterze świadka Izba nie uwzględniła, uznając wniosek za zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy oraz powołany dla zwłoki. Na marginesie należy wskazać, że J. S. jako pełnomocnik

uczestniczył w posiedzeniu i rozprawie a został wskazany przez odwołującego jako świadek, co czyni wniosek nieuprawniony, z uwagi na udział J. S. w posiedzeniu i rozprawie jako pełnomocnik.

Odnosząc się do wymogów formalnych uznania wniosku o ochronę informacji wynikających z art.11 ust.2 uznk to odwołujący nie udowodnił, że wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego nie dochował należytej staranności przy ochronie informacji a co jest jego obowiązkiem w myśl postanowień art.6 kodeksu cywilnego. Nie udowodnił, że informacje objęte tajemnicą (jak wynika z pisma wykonawcy wybranego 20.04.20r. - a. bezpośrednie koszty produkcji, b. koszty transportu i logistyki, c. inne koszty obsługi kontraktu (opracowania, prowizje itp.)) są publicznie dostępne czy to w Internecie, czy w materiałach reklamowych czy wystaw lub iw innych publikacjach. Z kolei wykonawca decyduje o formie zabezpieczeń przed wyciekiem informacji z firmy. Zakres zabezpieczenia i sposób zabezpieczenia informacji jest sprawą indywidualną każdego przedsiębiorcy, ocenianą pod kątem należytej staranności w sytuacjach gdy informacje staną się zwłaszcza wbrew woli przedsiębiorcy ogólnie dostępnymi. Odwołujący wpływu chronionych informacji nie udowodnił a tylko zarzucał, że ich ochrona jest niewspółmierna, nie wykazująca należytego zabezpieczenia oraz nieuprawniona. Izba rozważając wykazany w piśmie wykonawcy wybranego opis zabezpieczenia uważa za wystarczający, ponieważ są to suwerenne decyzje przedsiębiorcy jakie metody dla jego organizacji są wystarczające i nie powodują wpływu informacji chronionych na zewnątrz. Zachowanie należytej staranności przewidzianej w art.11 ust.2 uznk należy oceniać nie tylko w aspekcie podjętych zabezpieczeń co do zasady ale przede wszystkim do sytuacji gdy wpływ informacji chronionych wystąpił, czego odwołujący nie udowodnił.

Podsumowując wymogi formalne utajnienia informacji, wynikające z art.8 ust.3 pzp jak i art.11 ust.2 uznk, Izba nie stwierdza w postępowaniu wykonawcy wybranego naruszeń w tym zakresie. Po pierwsze w odpowiednim czasie wykonawca wybrany zgłosił ochronę informacji niejawnych to jest w dacie złożenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny jak i wskazał jak te informacje chroni to jest określił osoby, które mają do nich dostęp (zarząd, kluczowe kierownictwo) oraz sposób ich zabezpieczeń (zamki do miejsc zabezpieczenia dokumentacji oraz szyfrowane dyski), a co wypełnia działania w celu utrzymania ich w poufności. Wyjaśnienia co do skutecznej procedury ochrony informacji niejawnych, przed osobami nieuprawnionymi, także jest wiarygodne chociażby z powodu, że od kilku lat wykonawca wybrany ma ustanowionego nadzorcę sądowego z racji zawartego układu z wierzycielami (odpis z KRS - KONKO S.A.). Na marginesie sprawy należy dodać, że Izba nie podziela poglądu, że ochrona nie można objąć dokumentu tylko informacji. Zdaniem Izby dokument jako nośnik informacji podlega co do formy ochronie a merytorycznie podlegają informacje w nim zawarte. Odwołujący przywołując orzecznictwo w tym zakresie nie wskazał

jak wyobraża sobie w przedmiotowej sprawie ochronę informacji bez ochrony dokumentu. Tak więc Izba, chociażby z tego powodu uznała argumentację odwołania w tym zakresie, uznała za bezprzedmiotową.

Odnosząc się do merytorycznego uzasadnienia ochrony informacji jako niejawnych Izba stwierdza, że kalkulacja ceny na dostawę obudowy zmechanizowanego pokładu dla zamawiającego, zawiera informacje ekonomiczne producenta, to jest inne informacje posiadające wartość gospodarczą, umożliwiające uzyskanie zamówienia (art.11 ust.2 uznk). Kalkulacja ceny na dostawę obudowy objętej zamówieniem stanowi szczególne zestawienie to jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia w siwz i jest zbiorem elementów kosztotwórczych czynników produkcji takich jak bezpośrednie koszty produkcji, koszty transportu i logistyki, inne koszty obsługi kontraktu (pismo wykonawcy wybranego z dnia 20.04.20r.), które nie są powszechnie znane, ponieważ zależą od rozwiązań technicznych i technologicznych właściwych dla producenta i nie są łatwo dostępne dla konkurencji w tym dla odwołującego. Nie ma znaczenia dla objęcia informacji jaką jest kalkulacja ceny obudowy fakt, że wykonawca wybrany dla realizacji dostawy korzysta z dokumentacji Jastrzębskich Zakładów Remontowych, na znajomość czy też posiadanie nie powołał się odwołujący. Słusznie wykonawca wybrany powołał się na konieczność ochrony kalkulacji ceny obudowy jako informacji stanowiącej tajemnicę jego przedsiębiorstwa, gwarantującej konkurencyjność i uzyskanie zamówienia dla realizacji celów gospodarczych. W piśmie z dnia 20.04.20r. wykonawca wybrany powoływał się na potrzebę ochrony ze względu na politykę cenową w zakresie kosztu produkcji oferowanej obudowy zmechanizowanej, koszty jej transportu, koszty ogólne, wysokość marży, które jednoznacznie wskazują na sposób budowania ceny oferty, jako stanowiący element stały polityki cenowej, co w ocenie Izby nie jest wymogiem bezwzględny do objęcia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art.11 ust.2 uznk). Niemniej taki element jak trwały a nie jednorazowy sposób budowania ceny jest tym bardziej uprawniony do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podsumowując kalkulacja ceny na produkcję obudowy zmechanizowanej dla pokładu o grubości do 3.7 m dla zamawiającego wypełnia również pod względem merytorycznym przesłanki z art.11 ust.2 uznk w związku z art.8 ust.3 pzp. dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

W tym stanie rzeczy utajnienie kalkulacji ceny na przedmiotową obudowę nie narusza art.7 ust.1 pzp w zakresie uczciwej konkurencji w zw. z art.11 ust.1 uznk, równego traktowania wykonawców, ponieważ odwołujący nie wykazał, że inny wykonawca został pozbawiony w relatywnych okolicznościach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również naruszenia zasady proporcjonalności czyli nadmierności ochrony informacji wykonawcy wybranego co do

sposobu budowania ceny jak i przejrzystości wobec wyczerpania w sytuacji wykonawcy wybranego prawa do ochrony tajemnicy przewidzianej art.8 ust.3 pzp.

W związku z powyższym zamawiający obejmując ochroną zał. nr 1 do pisma z dnia 20.04.20r. nie naruszył zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia ograniczając dostęp do informacji co do sposobu i wysokości czynników kosztotwórczych budowania ceny obudowy dla zamawiającego (art.8 ust.1 w zw. z art.8 ust.2 pzp).

W konsekwencji zamawiający nie naruszył podnoszonego w odwołaniu art.91 ust.1 pzp w zw. z art.7 ust.3 pzp co do wyboru najkorzystniejszej oferty i w związku z tym udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na uwagę zasługuje argumentacja odwołującego co do braku podstaw do utajnienia informacji kalkulacji ceny obudowy z takich powodów również jak znajomość aspektów technicznych i technologicznych dostawy obudowy, znajomości cen materiałów, paliw, stosowanych upustów cenowych jak i pozostałych elementów cenotwórczych. Ta argumentacja przemawia za brakiem zrozumienia ze strony Izby oprotestowania wyboru najkorzystniejszej oferty tylko z powodu utajnienia kalkulacji ceny obudowy a nie również z powodu rażąco niskiej ceny z żądaniem odtajnienia kalkulacji ceny. Formalnie uprawnione budowanie zarzutu w kontekście art. 180 ust.1 tylko co do utajnienia budowania ceny i odwleczenia w czasie zarzutu rażąco niskiej ceny do czego zmierza żądanie odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego, w dobie COVID 19, jest na pograniczu obejścia prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy, wobec braku naruszenia przepisów pzp i uznk podniesionych w odwołaniu, na mocy art.192 ust.1 w zw. z ust.2 pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz zasądzając zgodnie z wnioskiem końcowym koszty zamawiającego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika, zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą vat.

Przewodniczący:.....