

**WYROK**

**z dnia 30 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Województwo Podkarpackie – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Sagittum Spółka Akcyjna w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Województwu Podkarpackiemu – Urzędowi Marszałkowskiemu Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę **Sagittum Spółka Akcyjna w Rzeszowie** i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Województwo Podkarpackie – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Województwa Podkarpackiego – Urzędu Marszałkowskiego Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna w Rzeszowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Województwo Podkarpackie – Urząd Marszałkowski Województwa Podkarpackiego w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji Administratora Regionalnego Centrum Informacji Medycznej RCIM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 15 listopada 2021 roku wykonawca Asseco Poland SA w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wyboru oferty Sagitum S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Sagitum” lub „przystępujący”),
2. zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy P.z.p., tj. udostępnienia odwołującemu pełnych wyjaśnień ceny Sagitum wraz z dowodami,
3. bezzasadne uznanie, że dokumenty składane w postępowaniu przez Sagitum stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności wyjaśnienia ceny,

Z ostrożności procesowej

4. brak odrzucenia oferty Sagitum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8, z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. Naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty Sagitum
2. Naruszenie przepisu art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Sagitum jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień ceny złożonych w trybie art. 224 ustawy P.z.p. w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji, pomimo że:
  - a. wykonawca ten nieskutecznie zastrzegł te dokumenty jako tajemnica – uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy jakie otrzymał odwołujący zawiera jedynie niecałą stronę, na której Sagitum bardzo ogólnie odniósł się do tajemnicy przedsiębiorstwa (brak jakiegokolwiek realnego wykazania przesłanek zastrzeżenia informacji),

b. wskazane fragmenty nie mogą być uznane za tajemnicę firmy;

Z ostrożności procesowej (w przypadku braku uwzględnienia zarzutu nr 2 powyżej – odwołujący podniósł zarzut ewentualny):

3. Naruszenia art. 224 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez braku odrzucenia oferty Sagitum w sytuacji gdy cena wykonawcy jest rażąco niska, a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy P.z.p.) realność wykonania zamówienia w zadeklarowanej cenie. Przedłożył jedynie ogólną kalkulację, bez odpowiednich (spełniających wymogi) wyjaśnień RNC.

W związku z powyższym odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru Sagitum,
2. przekazanie odwołującemu pełnych wyjaśnień RNC Sagitum,

Z ostrożności:

3. odrzucenia oferty z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny w ofercie Sagitum,
4. wyboru oferty odwołującego.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu odwołujący zażądał od zamawiającego dokonania czynności zgodnie ze wskazanym powyżej żądaniem odwołania.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy P.z.p. oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy P.z.p. i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych zaniechań zamawiającego m.in. w zakresie braku odtajnienia wyjaśnień ceny wykonawcy Sagitum, odwołujący zostanie pozbawiony możliwości weryfikacji tego dokumentu. Zdaniem odwołującego cena oferty Sagitum jest istotnie zaniżona i wykonanie zamówienia w takiej kwocie nie jest rynkowo realne.

Zamawiający na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania jako bezprzedmiotowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Sagitum SA w Rzeszowie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Oferta odwołującego opiewała na kwotę 608.850,00 zł, natomiast kwota oferty Sagitum to 440.000,00 zł.

Pismem z dnia 25 października 2021 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny:

*Na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019) zwanej dalej „ustawą”, żądam wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych za realizację przedmiotowego zamówienia.*

*Zaoferowana cena, wydaje się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego*

*Zaproponowana przez Wykonawcę cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.*

*Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.*

*Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny wszystkich elementów przedmiotu zamówienia oraz wskazania stanu faktycznego lub innych okoliczności ją uzasadniających do dnia 29.10.2021 r. do godz. 9:00; przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422 z późn. zm) na adres e-mail: [administracja@podkarpackie.pl](mailto:administracja@podkarpackie.pl)*

*Zgodnie z art. 224 ust 6 odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.*

Pismem z dnia 4 listopada 2021 roku przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia. Przystępujący zastrzegł jawność złożonych wyjaśnień podnosząc, że stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Przystępujący uzasadnił dokonane zastrzeżenie w sposób następujący:

*Jednocześnie wskazujemy, iż nasza szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa Sagitum S.A, gdyż zawiera informacje o szczególnym znaczeniu w postaci wysokości marży i sposobu jej kalkulacji dla opłacalności kontraktu.*

*Informacje te są w spółce Sagitum S.A. chronione i nie są ujawniane publicznie. Wskazać należy, iż pozyskanie przez konkurencję wiedzy o sposobie podejścia do wyceny, m.in. założenia do kalkulacji, wynagrodzenia pracowników, ustalenie ryzyka, ceny i wysokość stosowanej marży, mogłyby zostać wykorzystane w innych postępowaniach i nieść ze sobą szkodę dla Sagitum S.A. Należy więc uznać, iż informacje te mają szczególne znaczenie gospodarcze, zwłaszcza na silnym rynku konkurencyjnym jakim jest rynek IT. Zastrzeżone informacje nie są znane ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem, nie są również opublikowane w Internecie. Dla ww. informacji podjęto szereg działań technicznych oraz organizacyjnych celem zachowania ich w poufności. W związku z powyższym informacje wskazane na wstępie wypełniają łącznie wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą zostać udostępniane innym podmiotom, poza Zamawiającym i organom kontrolnym oraz Krajowej Izbie Odwoławczej.*

*Wobec powyższego zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące załączniki:*

- *Założenia do wyceny - Załącznik nr 1. - Kalkulacja wyceny – Załącznik nr 2.*
- *Szczegółowe wyjaśnienia – dla założeń i kalkulacji opisanych w załącznikach nr.1 i nr. 2 wraz z załącznikami i dowodami:*
  1. *Oferta cenowa Enformatic Sp.zo.o*
  2. *Oferta cenowa Infast Sp.zo.o*
  3. *Oświadczenie Zarządu Sagitum S.A. o wynagrodzeniach i stanowiskach technicznych w Spółce z dnia 03.11.2021 r.*
  4. *Kopie faktur:*
    - *FVS/0000043/06/2021/ATU-R z dnia 30.06.2021 r.,*
    - *FVS/000011/10/2021/ATU-R z dnia 11.10.2021 r.,*
    - *FVS/000042/09/2021/ATU-R z dnia 30.09.2021 r.,*
  5. *Z zastrzeżenia wyłączone są dowody: Referencje z dnia 09.02.2021 r. oraz wydruki z portali internetowych z dnia 29.10.2021 r.).*

*Pismem z dnia 10 listopada 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako ofert najkorzystniejszej.*

*Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności: oferty odwołującego i przystępującego, wezwania z dnia 25 października 2021 roku, odpowiedzi przystępującego z dnia 4 listopada 2021 roku, informacji o wyborze najkorzystniejszej ofert z dnia 10 listopada 2021 roku.*

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutów naruszenia przepisów art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór oferty Sagiutum oraz przepisu art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Sagitum jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnień ceny złożonych w trybie art. 224 ustawy P.z.p. w zakresie kalkulacji cenowej oraz załączników do tej kalkulacji.

W związku z tym, że powyższe zarzuty Izba uznała za uzasadnione, zarzut ewentualny naruszenia art. 224 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty Sagitum w sytuacji gdy cena wykonawcy jest rażąco niska, a podmiot ten nie wykazał (w trybie art. 224 ustawy P.z.p.) realność wykonania zamówienia w zadeklarowanej cenie, który został podniesiony wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych jako podstawowe, jako bezprzedmiotowy, nie podlegał rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 18 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., 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.

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

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

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

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

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

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

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. Odwołujący podniósł, że przystępujący w swoim uzasadnieniu, nie wykazał żadnej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a więc nie



dochował należytej staranności w dochowaniu w ocenie informacji, które stanowią realnie i bezspornie tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do tego, że przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą. Mimo że uzasadnienie zastrzeżenia jest w tym zakresie dość krótkie i lakoniczne, już sam rodzaj zastrzeżonych informacji (sposób wyliczenia ceny) uzasadnia stwierdzenie, że tego rodzaju informacje mogą mieć wartość gospodarczą dla przystępującego.

Po pierwsze, przedmiotowe informacje posiadają wartość gospodarczą, przedstawiając wartość handlową bezpośrednio i/lub - poprzez fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. Przedmiotem zastrzeżenia są wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wykonawcy, których możliwość zastrzeżenia potwierdziła Izba w wyroku z dnia 27.01.2015r., sygn. akt KIO 95/15 wskazując, że generalnie uznaje się za dopuszczalną możliwość zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny (tak wyrok KIO z dnia 27.01.2015r., sygn. akt KIO 95/15). Informacje te zawierają bowiem dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (tak wyrok KIO z dnia 14.05.2013r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Co więcej, informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej są wynikiem doświadczenia wykonawcy w związku z długotrwałą obecnością wykonawcy na rynku i częstokroć stanowią wynik czasochłonnych negocjacji, których efektem jest zacieśniona, wypracowywana na przestrzeni lat, współpraca między wykonawcą, a podwykonawcami czy dostawcami. W wyniku indywidualnego wypracowania dobrych relacji pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami i dostawcami, oferty, które otrzymuje od nich wykonawca, jako szczególnie korzystne, są niejednokrotnie opatrywane klauzulą wyłączności dla wykonawcy, co stanowi dodatkowy argument przemawiający za koniecznością zachowania ich poufności.

Po drugie, wykonawca został zobowiązany do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną znacząco niższą w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożenie wyjaśnień wymaga więc od wykonawcy ukazania elementów cenotwórczych oferty oraz ukazania struktury i strategii budowania ceny oferty.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc

takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń wykonawcy) i nie udostępnia ich podmiotom trzecim.

Do tego aspektu kalkulacji ceny ofertowej nawiązuje Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 19 marca 2015r., sygn. akt X Ga 76/15, w którym zwrócono uwagę, że skoro celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, to „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - *know-how* danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe *know-how* rozumieć należy przez pryzmat art. II rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności”. Sąd podniósł w tym kontekście, że uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego.

Konieczność ochrony takich informacji, z uwagi na fakt, iż w sposób oczywisty mają one dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą, podkreśla także Izba m. in. w wyroku z dnia 14 maja 2013r., sygn. akt KIO 908/13, czy w wyroku z dnia 22 listopada 2013r., sygn. akt KIO 2602/13, czy w wyroku z dnia 11 lutego 2013r., sygn. akt KIO 175/13, w którym Izba stwierdziła: „Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego *know-how*, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Po trzecie, informacje te mają wartość gospodarczą, określają bowiem zasady rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakres praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z wykonawcą te zadania realizować. Te ostatnie informacje mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i już z tego tylko względu są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, niemniej nie sposób im jednocześnie odmówić charakteru cenotwórczego.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że przystępujący nie podał żadnych informacji w zakresie tego, jakie podjął działania mające na celu zachowanie poufności zastrzeżonych informacji ani nie wskazał żadnych dowodów na poparcie wykazania tych działań. Przystępujący poinformował jedynie, że „Dla ww. informacji podjęto szereg działań technicznych oraz organizacyjnych celem zachowania ich w poufności”, niemniej jednak nie wiadomo, jakie to były działania.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

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

Tym samym Izba uznała za nieprawidłową czynność zamawiającego, polegającą na zaniechaniu ujawnienia zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów i uznała odwołanie na tę czynność za zasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....