

Sygn. akt: KIO 3737/21

WYROK
z dnia 14 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 roku przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BASTMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia tj. oferty CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach,
 - 1.2. odtajnienie wyjaśnień ceny CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BASTMA

SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu wraz z załącznikami,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 7 500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Muzeum Wojska Polskiego z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający” oraz „Muzeum”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne i inne szczególne usługi w trybie podstawowym pn. „Usługi ochrony obiektów Muzeum Wojska Polskiego w 2022 r.” (nr sprawy: ZP-12/2021) (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 2 grudnia 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00296836/01.

W dniu 22 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania w części nr 1, 2 i 3.

Dnia 27 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia EKOTRADE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i EKOTRADE SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący” oraz „EKOTRADE”) wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia oferty wykonawcy CIVIS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Ząbkach (dalej: „CIVIS”),
 - zaniechaniu ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych wyjaśnień ceny wraz z załącznikami CIVIS oraz konsorcjum firm: BASMA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i CERBER OCHRONA Sp. z o.o. z siedzibą w Liwiu (dalej: „BASMA”),
- co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ, jak również wynikających z czynności otwarcia ofert z dnia 10 grudnia 2021 r. ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień ceny CIVIS oraz BASMA wraz z dowodami w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie udowodnili przesłanek przemawiających za prawidłowym utajnieniem tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm. dalej: „u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że informacje powyższe, objęte są skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę;

3. art. 16, art. 18 ust. 1-3, art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa CIVIS i BASMA, zawartych w utajnionych dokumentach stanowiących załącznik do protokołu postępowania, pomimo że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie odwołania,
 - dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania – na okoliczności wskazane odwołaniem,
- a także o:
1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
 2. odtajnienia wyjaśnień ceny CIVIS i BASMA wraz z załącznikami, co ma wpływ na wynik Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania EKOTRADE wskazał, że z treści udostępnionych przez Zamawiającego uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa dla złożonych wyjaśnień ceny CIVIS i BASMA wynika, iż mają one charakter ogólnikowy, lakoniczny, nie dotyczący przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności nie zawierają żadnych konkretnych uzasadnień ani tym bardziej jakichkolwiek dowodów świadczących za zasadnością ochrony informacji. W ocenie Odwołującego powyższe wskazuje wprost, że uzasadnienia są całkowicie sztamkowe i nie dotyczą ani aktualnego postępowania, ani przedmiotu aktualnego zamówienia. EKOTRADE podkreślił, że poza zapewnieniem o przedsięwzięciu bliżej nieokreślonych środków ochrony, brak jest informacji jakie to konkretnie środki podjęto, nie mówiąc już o dowodach (jakichkolwiek), że tak faktycznie jest.

Odwołujący zaznaczył, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza (przykładowo - sygn. akt: KIO 1632/17, KIO 1662/17, wyrok KIO z dnia 1 września 2017 r.), iż treść uzasadnienia zawierająca przywołanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w ujęciu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przytoczone fragmenty wyroków sądów, wyroków KIO i stanowiska doktryny nie są wystarczające dla skutecznej ochrony informacji. To wykonawca w każdej poszczególniej sprawie powinien wykazać, co i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, nie zaś przedstawiać, co według sądów czy

doktryny może zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Sama wola wykonawcy do ochrony informacji nie jest wystarczająca, aby informacje te skutecznie chronić w rozumieniu art. 18 ust 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że wykonawcy CIVIS i BASMA w złożonych wyjaśnieniach prezentują lakoniczne oraz pozbawione konkretnych przyczyn uzasadnienia ochrony informacji, które nie mogą korzystać z ochrony, o której mowa w przepisach powołanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem EKOTRADE przedstawione przez CIVIS i BASMA uzasadnienia objęcia informacji zawartych w wyjaśnieniach ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa są ogólne i w żaden sposób nie potwierdzają zasadności poczynionego utajnienia:

a) uzasadnienia nie zawierają żadnych konkretów;

b) uzasadnienia są na tyle ogólne, że nie sposób na ich podstawie ustalić dlaczego konkretne informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny mają określony charakter, uprawniający do przyjęcia, że ich zastrzeżenie było uzasadnione. Ich poziom ogólności jest na tyle duży, że mogłyby one zostać przedstawione przez dowolnego wykonawcę składającego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny na dowolny przedmiot zamówienia;

c) CIVIS i BASMA nie wykazali również, że podjęto w stosunku do zastrzeżonych informacji konkretne środki mające na celu zachowanie informacji w poufności. W wyjaśnieniach wskazano co prawda, że wykonawcy zapewnili wymienione w wyjaśnieniach środki techniczne, organizacyjne, ale twierdzenia te pozostają gołosłowne, gdyż do wyjaśnień nie zostały dołączone żadne dowody potwierdzające ich podjęcie.

W dniu 10 stycznia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego. W ocenie Muzeum wykonawcy CIVIS oraz BASMA dokonali skutecznego zastrzeżenia części wymienionych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa tj. wraz z ich przekazaniem zastrzegali, że część informacji nie może być udostępniona oraz wykazali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że – jego zdaniem – informacje zastrzeżone przez wyżej wymienionych wykonawców stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający zaznaczył, że w przypadku usług ochrony podstawowym składnikiem kosztowym w ramach przedmiotowego zamówienia są koszty zatrudnienia pracowników ochrony, zatem sposób i źródła finansowania wykonawców w tym zakresie podlegają szczególnym restrykcjom dla każdego przedsiębiorcy z tej branży. Powyższe oznacza, że sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę z pewnością można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji. Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt,

iż metodyka wyliczania ceny stanowi w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku, posiadane przez przedsiębiorcę know-how, które pozwala mu na kalkulację ceny, oraz przyjęte dane cenotwórcze mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i powinny być przedmiotem ochrony.

Dnia 10 stycznia 2022 r. wykonawca CIVIS (dalej: „Przystępujący”), który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że wbrew twierdzeniu Odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane pismem z dnia 15 grudnia 2021 r. nie jest lakoniczne i odnosi się do danych zawartych w dokumentach, które zostały zastrzeżone przez wykonawcę CIVIS. Ponadto w ocenie Przystępującego ujawnienie konkretnej kalkulacji tj. wyjaśnień w zakresie ceny wraz z wyliczeniami i dowodami pozwala bezsprzecznie poznać rynkowe atuty danego wykonawcy. Te fakty to, w niniejszej sprawie np. sposób uregulowania wysokości wynagrodzeń pracowników Przystępującego. Wykonawca CIVIS wskazał, że pomiędzy wykonawcami mogą występować różnice w finalnym koszcie zatrudnienia wynikające z wewnętrznych przepisów prawa pracy. Przystępujący w swoich wyjaśnieniach wskazał sposób zaoszczędzenia tych kosztów, który jest dopuszczalny przepisami prawa i jest prawidłowy, a ich ujawnienie pozbawiłoby go przewagi konkurencyjnej. Ponadto Przystępujący podniósł, że zakładana marża również jest elementem istotnym kalkulacji, gdyż w tej pozycji wykonawca uwzględnia ryzyka realizacji zamówienia. Wykonawca CIVIS wskazał również, że umowa podwykonawcza została zawarta na preferencyjnych warunkach, stąd też jej ujawnienie mogłoby narazić go na szkodę. Odnośnie zarzutu nieudowodnienia podjęcia konkretnych środków w celu zapewnienia zachowania ich w poufności Przystępujący wskazał, że w praktyce każdy z komputerów w spółce posiada indywidualne hasło. Pomieszczenia spółki są zabezpieczone instalacją alarmową. Dokumenty dotyczące przetargów, w tym podpisane umowy przechowane są w zamkniętych szafie zabezpieczonej zamkami. Dostęp do tej szafy posiada wyłącznie Prezes Zarządu, Dyrektor Finansowy i specjalista ds. przetargów. Pomieszczenie to jest odrębnie zamykane. Ponadto pracownik odpowiedzialny za sporządzanie ofert zajmuje miejsce w biurze do części którego nie mają dostępu inne osoby (ekran monitora jest odwrócony nawet od osób wchodzących). Dokumenty przetargowe co do zasady powstają wyłącznie w wersji elektronicznej. Wykonawca CIVIS posiada stosunkowo nieliczną kadrę administracyjną – stąd uregulowanie zasad postępowania z informacjami poufnymi ustalone jest w drodze zarządzenia Prezesa Zarządu. Obowiązuje zasada „need to know”. Dostęp do ofert i dokumentów stanowiących podstawę ich sporządzenia posiadają wyłącznie Prezes Zarządu, Dyrektor Finansowy oraz specjalista ds. przetargów. Umowy o pracę pracowników zobowiązują ich do powstrzymywania się od ujawniania informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej

praktycznym aspektem realizacji wprowadzonych zasad jest identyfikacja danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz ich zabezpieczenie, w tym poprzez zastrzeżenie (tak formalnie, jaki technicznie) poufności danych w toku postępowań przetargowych. Już samo zastrzeżenie określonych danych wskazuje na fakt, iż odpowiednia polityka ich ochrony została wdrożona – a jest to równoznaczne z podjęciem środków ochrony tych danych. W załączeniu do pisma procesowego z dnia 10 stycznia 2022 r. Przystępujący ponownie przedstawił aktualny certyfikat ISO 9001:2015 zatwierdzający, iż System Zarządzania Jakością w organizacji Civis Polska Sp. z o.o. jest zgodny z wyżej wymienioną normą, który składał wraz z wyjaśnieniami z dnia 15 grudnia 2021 r. oraz dokumentację fotograficzną (4 zdjęcia) obrazującą wdrożone w spółce zabezpieczenia dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy CIVIS oraz BASMA. W imieniu wykonawcy BASMA nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowody dołączone do pisma procesowego Przystępującego z dnia 10 stycznia 2022 r. w postaci dokumentacji fotograficznej (4 zdjęcia) obrazującej wdrożone w spółce zabezpieczenia dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdz. XV ust. 12 SWZ „Zamawiający informuje, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udo-

stępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy”.

W dniu 13 grudnia 2021 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zażądał od wykonawców CIVIS oraz BASMA wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny w części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia.

Dnia 16 grudnia 2021 r. wykonawca CIVIS złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny zawierające szczegółową kalkulację w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia oferty wraz z załącznikami w postaci: wzoru umowy o pracę, certyfikatu ISO 9001:2015 zatwierdzającego, iż System Zarządzania Jakością w organizacji Civis Polska Sp. z o.o. jest zgodny z wyżej wymienioną normą (dalej: „*certyfikat ISO*”) oraz umowy podwykonawczej na podjazdy grup interwencyjnych. Do przedmiotowych wyjaśnień wykonawca CIVIS dołączył pismo przewodnie zawierające zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca BASMA pismem z dnia 15 grudnia 2021 r. przekazał Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje ceny oferty w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia wraz z załącznikiem w postaci pisma z Urzędu Pracy m. st. Warszawy (dalej: „*UP*”).

W dniu 22 grudnia 2021 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu treść korespondencji pomiędzy nim a wykonawcami CIVIS oraz BASMA w części niezastrzeżonej skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosnie wykonawcy CIVIS Zamawiający przekazał EKOTRADE pismo przewodnie zawierające uzasadnienie do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 15 grudnia 2021 r. (wersję nieobejmującą danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tj. niezawierającą szczegółowej kalkulacji w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia), certyfikat ISO oraz wzór umowy o pracę.

Ponadto Zamawiający dokonując obiektywnej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ujawnił część wyjaśnień wykonawcy BASMA, ponieważ w ocenie Muzeum nie można było skutecznie zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu szczegółowej kalkulacji ceny oferty w zakresie części nr 1 i 2 zamówienia oraz pisma z UP.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w pełni zasługiwało na uwzględnienie.

Na kanwie niniejszej sprawy należy przyjąć poglądy doktryny i orzecznictwa, które nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że zasada jawności postępowania wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp jest jedną z naczelných zasad, na których opiera się system zamówień

publicznych, która ma przyczyniać się nie tylko do przejrzystości prowadzonych postępowań, ale również wywiera wpływ na zachowanie konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa ustawodawca zawarł w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,
- 2) informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

Zasadnym jest wskazanie, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 lipca 2021 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 1530/21 stwierdziła, że *„Aby skutecznie zastrzec informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, oznaczyć określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwzględnieniem trzech elementów: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca, składając wyjaśnienia zawierające informacje stanowiące - według niego - tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem (...)*”.

W ocenie Izby niezwykle istotnym z punktu widzenia skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest określenie terminu zastrzeżenia, jak również wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawcy zobligowani są dokonać tego nie później niż w terminie złożenia wyjaśnień. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Spóźniona próba wykazania, którą podejmował wykonawca CIVIS w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2022 r. oraz w toku rozprawy winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ nie pozostawia

żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień, tj. wykazania w złożonych wyjaśnieniach, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z - przewidzianej zasadami SWZ wspartymi przepisami prawa - ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Podkreślenia wymaga, że prowadzone przez Zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji winno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby niewykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu.

Izba zauważa, że wykonawcy, redagując wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, często ograniczają się do ogólnie znanych twierdzeń, bez wskazania na konkretne uwarunkowania, pozwalające na ustalenie zasadności odstąpienia od zasady jawności informacji. Takie ogólnikowe stwierdzenia, bez przywołania okoliczności, potwierdzających konieczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą skutkować utajnieniem określonych informacji, a same deklaracje i twierdzenia to zbyt mało, gdyż wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2021 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 506/21 „(...) Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie "wykazania", nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki (...)” (por. wyrok KIO z dnia 12 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 537/21; wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2020 r. o sygn. akt KIO 2994/20 i KIO 3001/20). Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zatem jednoznacznie potwierdza, że podmiot, który zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa ma obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2290/20 wskazała, że „(...) *Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...)*”.

Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy (tak: wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r. o sygn. akt KIO 807/15).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że w myśl regulacji SWZ opierających się na przepisach obowiązującego prawa niezaprzeczalnym jest, że zarówno CIVIS jak i BASMA opatrując składane wyjaśnienia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” nie mogli ograniczyć się jedynie do oświadczenia woli, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi posiadającymi wartość gospodarczą oraz, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawcy ci podjęli niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji. CIVIS i BASMA zobowiązani byli również wykazać, że zastrzeżone informacje mają właśnie taki charakter oraz wskazać na okoliczności związane z zabezpieczeniem i zachowaniem w poufności tych informacji.

W ocenie Izby wyżej wymienieni wykonawcy nie sprostali temu zadaniu, bowiem przedstawione przez nich uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa do złożonych wyjaśnień mają charakter ogólny, lakoniczny a można nawet stwierdzić, że schematyczny. Z uwagi na swój szablonowy charakter mogą być w zasadzie zastosowane do każdego postępowania. Izba dostrzega, że wyjaśnienia składane w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą ujawniać informacji zastrzeganych nie mniej jednak nie wyklucza to możliwości opisu tego rodzaju informacji w warstwie ich istotności oraz wyjątkowości dla danego wykonawcy, co ma służyć wykazaniu przez wykonawcę, że informacje te mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie powinny być ujawniane. Oczywiście nie jest zakazane powoływanie się w treści wniosku na poglądy doktryny lub orzecznictwo, jednak powyższe nie zwalnia wykonawcy z przedstawienia konkretnych, zindywidualizowanych wyjaśnień, służących wykazaniu ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Zdaniem Izby zarówno CIVIS jak i BASMA nie wykazali występowania okoliczności, które uzasadniałyby uznanie, że sporządzone przez niego wyliczenia są wyjątkowe oraz posiadają określoną wartość gospodarczą, a konsekwencją tego jest osiągnięcie przez wykonawcę wyjątkowych korzyści, co skłaniałoby do uznania, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawcy CIVIS oraz BASMA w treści uzasadnień zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób bardzo ogólny wskazali, że podjęli środki mające na celu utrzymanie ich w poufności, w szczególności ograniczając do nich dostęp wyłącznie do osób upoważnionych, a także iż zastrzegane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wykonawca BASMA nie dołączył do wniosku żadnych dowodów, które potwierdzałyby podjęcie w stosunku do zastrzeżonych informacji konkretnych środków mających na celu zachowanie informacji w poufności. Natomiast wykonawca CIVIS na etapie składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa dołączył certyfikat ISO, z którego treści nie płyną żadne informacje dotyczące podejmowanych zabezpieczeń w zakresie informacji poufnych. Przystępujący CIVIS dopiero na etapie postępowania odwoławczego tj. w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2022 r. oraz podczas rozprawy rozszerzał uzasadnienie w zakresie wykazania wdrożonych w spółce zabezpieczeń dotyczących ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przedkładając na tą okoliczność dokumentację fotograficzną. W ocenie Izby była to jednak spóźniona próba wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadność utajnienia informacji musi być bowiem potwierdzona już w momencie ich składania. Tym samym stwierdzić należy, że etapem, na którym przywołane wyżej dowody powinny zostać złożone był etap składania wyjaśnień.

Izba stoi na stanowisku, że na ochronę przed ujawnieniem nie zasługuje uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w którym wykonawca zawarł wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia, ograniczył się do przywołania orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz nie przedstawił żadnych dowodów świadczących za zasadnością ochrony wskazanych informacji. Mając na uwadze powyższe Izba uznała wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wykonawców CIVIS oraz BASMA wraz z załącznikami za bezskutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący: