

Sygn. akt: KIO 2266/22

WYROK
z dnia 9 września 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 września 2022 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 sierpnia 2022 roku** przez wykonawcę **Th. Geyer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Sieć Badawcza Łukasiewicz - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii z siedzibą we Wrocławiu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Th. Geyer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Th. Geyer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - Th. Geyer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zamawiającego – Sieci Badawczej Łukasiewicz - PORT Polskiego Ośrodka Rozwoju Technologii z siedzibą we Wrocławiu** - kwotę **4 228 zł 80 gr** (słownie: czterech tysięcy dwustu dwudziestu ośmiu złotych 80/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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

Zamawiający: Sieć Badawcza Łukasiewicz - PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii z siedzibą we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa materiałów zużywalnych na podstawie umowy ramowej”. Data publikacji ogłoszenia: 01.06.2022 r. Miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu Dz.U./S S105 01/06/2022 292880-2022-PL, 2022/S 105292880. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne o jakich mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Dnia 29 sierpnia 2022 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022, poz. 1710 ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”), w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca Th. Geyer Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec odtajnienia zastrzeżonych informacji, udzielonych przez Odwołującego, złożonych w zakresie do części nr 2, 7, 41, 48, 52 oraz 94, podnosząc zarzut naruszenia przepisu art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 18 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 1 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Odwołującego, w złożonych przez niego wyjaśnieniach w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny, podlegają odtajnieniu, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Odwołujący nie wykazał przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji z uwagi na brak opisu okoliczności, potwierdzających, że informacje dotyczą stosowanych przez Wykonawcę szczególnych zasad w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, brak opisu w jaki sposób Wykonawca uzyskał przewagę konkurencyjną, a także nie wykazał, jaką konkretną wartość gospodarczą stanowią zastrzeżone informacje, w tym jaka szkoda mogłaby Wykonawcy zostać wyrządzona w związku z ich upublicznieniem, podczas gdy prawidłowa ocena prowadzi do wniosku, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu Ustawy i UZNK.

Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2022 r., wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia, że oferta złożona przez Wykonawcę zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca złożył żądane wyjaśnienia, przy czym wprowadził zastrzeżenie informacji - w zakresie nazwy i innych danych identyfikujących dostawców Wykonawcy - jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2022 r. zawiadomił Wykonawcę o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji. Oferta Wykonawcy kwalifikuje się do uznania jej za najkorzystniejszą.

Termin na wniesienie odwołania został zachowany, kopia odwołania została prawidłowo doręczona Zamawiającemu, a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Co do posiadania przez Odwołującego legitymacji czynnej do złożenia odwołania wskazano, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a tym samym może zostać pozbawiony szans na uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia zastrzeżonych informacji oraz
- nakazanie Zamawiającemu badanie i ocenę złożonych ofert oraz rozstrzygnięcie przetargu zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający, poinformował Wykonawcę, że w wyniku badania okoliczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów, złożonych w piśmie z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zwanych dalej „Wyjaśnieniami”, Zamawiający postanawia odtajnić, zawarte tam informacje. W uzasadnieniu decyzji, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”).

W opinii Zamawiającego, Wykonawca nie wyjaśnił i nie określił jaką wartość gospodarczą mają informacje zastrzeżone przez Wykonawcę, ograniczając się do ogólnych twierdzeń bez odniesienia do konkretnych sytuacji. Zdaniem Zamawiającego, informacje przedstawione przez Wykonawcę, wskazujące na fakt przewagi konkurencyjnej związanej z określonymi warunkami prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (warunkami handlowymi) należy uznać za niewystarczające. Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał jak warunki te wpływają na konkretnie uzyskanie przewagi konkurencyjnej (np. poprzez podanie ewentualnych strat w razie upublicznienia informacji o współpracy w odniesieniu do konkretnych dostawców, trudności w pozyskaniu danego dostawcy, szczegółowej historii współpracy z dostawcami etc.). W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do konkretnych przypadków, czym nie podjął próby dowodzenia wykazania przesłanek wymaganych do uznania przedłożonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. W szczególności Zamawiający zwrócił uwagę, na niekonsekwencję Wykonawcy, który

z jednej strony zastrzegł informacje handlowe dotyczące nazwy i innych danych identyfikujących dostawcę (Załącznik nr 2 do Wyjaśnień), z drugiej strony przedstawił dane o producentach w Załączniku do oferty, złożonej zarówno w tym postępowaniu, jak i złożonej w poprzednim postępowaniu, a tym samym – zdaniem Zamawiającego - wskazane informacje stały się publicznie dostępne.

Ostatecznie Zamawiający zarzucił, że Wykonawca nie udowodnił okoliczności podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzania polityk bezpieczeństwa informacji, zawierania klauzul o poufności w umowach z pracownikami, stosowania wzorów dokumentów, etc).

Zdaniem Odwołującego, wniosek Zamawiającego o braku skutecznego zastrzeżenia przez Wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest fałszywy. Uwzględniając bowiem:

- a) rodzaj zastrzeżonych informacji (warunki handlowe – źródła zaopatrzenia i ceny zakupu);
 - b) moment udzielenia informacji - wyjaśnienia podejrzenia zawarcia rażąco niskiej ceny w ofercie, a także
 - c) sposób wykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa,
- zastrzeżenie takich informacji w omawianym przypadku należy uznać za wystarczające i jako takie w pełni skuteczne.

Szczególnie korzystne warunki handlowe, wynegocjowane z określonym producentem/ dostawcą, Wykonawca traktuje jako własne doświadczenie i wiedzę, która w sposób oczywisty powoduje przewagę konkurencyjną nad mniej doświadczonymi wykonawcami, w szczególności wykonawcami, biorącymi udział w postępowaniu. Zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami, dotyczącymi procesu dowodowego, fakty notoryjne nie wymagają dowodu (art. 532 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym Wykonawca w celu przekonania, wykazania swoich racji, w tym istnienia interesu w utajnieniu niektórych informacji, nie jest zobowiązany do przedstawiania dowodów na okoliczności, sygnalizowane przez Zamawiającego, w tym wartość gospodarczą informacji podlegających utajnieniu. Zasady logiki i doświadczenia życiowego wskazują jednoznacznie na wystarczające uzasadnienie do zastrzeżenia rodzaju informacji jako informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaprzeczył, jakoby informacje przedstawione w Załączniku do oferty dotyczące producentów były tymi samymi informacjami, jakie przedstawione zostały w Załączniku nr 2 do Wyjaśnień, które de facto stanowią warunki handlowe z określonymi producentami/ dostawcami. W Wyjaśnieniach zawarte zostały konkretne informacje, które wskazywały na jednostkowe ceny poszczególnych produktów, a także produktów

równoważnych przy jednoczesnym przyporządkowaniu ich indywidualnym (różnym) producentom/ dostawcom. Taki poziom szczegółowości opisu sposobu wykonania zamówienia nie sposób utożsamiać z treścią złożonej oferty. Twierdzenia Zamawiającego dotyczące braku podjęcia odpowiednich środków przez Wykonawcę w celu zachowania poufności takich informacji, a nawet upublicznienie takich informacji jest niedorzecznością.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę, że w procesie oceny uzasadnienia do zastrzeżenia informacji jako informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, należy uwzględnić rodzaj zastrzeżonych informacji w aspekcie podstawowych zasad procesu udzielania zamówień publicznych, w szczególności nadrzędnej zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 18 ust. 3 wykonawca ma prawo zastrzec udzielane przez niego informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem, że informacje te nie będą dotyczyły informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Oznacza to, że sam ustawodawca wyznacza granice dopuszczalności uznania informacji za tajemnicę w procesie udzielania zamówień publicznych. Wykonawcy mogą (po spełnieniu określonych warunków) ograniczyć dostęp konkurencji do udzielonych informacji, przy czym dokonywanie oceny, na ile takie zastrzeżenie jest uzasadnione, powinno nadal uwzględniać obowiązek stosowania zasad procesu, w tym przede wszystkim uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Jeżeli zatem ograniczenie dostępu do informacji udzielonych przez Wykonawcę, (w szczególności w toku składania wyjaśnień w przypadku podejrzenia, że cena ofertowa jest rażąco niska) nie uniemożliwia innym wykonawcom oceny realności zaoferowanej ceny, a tym samym nie tworzy ryzyka zakłócenia uczciwej konkurencji, to nie powinno być kwestionowane. Każdy wykonawca uprawniony jest do ochrony swoich interesów przed konkurencją. Zamawiający nie powinien zatem stawiać wygórowanych oczekiwań w zakresie poziomu szczegółowości przedstawionego uzasadnienia do zastrzeżenia takich danych.

Odwołujący podniósł, że w procesie oceny uzasadnienia do zastrzeżenia informacji, należy uwzględnić rodzaj i specyfikę zamówienia publicznego, a także sposób jego wykonania. W przypadku bowiem zamówień bardziej złożonych (np. roboty budowlane, usługi), w tym realizowanych z udziałem podmiotów udostępniających, będących jednocześnie podwykonawcami, oczekiwania w zakresie szczegółowości uzasadnienia w przypadku zastrzeżenia informacji, jako informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być większe, aniżeli w przypadku standardowych zamówień, których przedmiotem jest m.in. dostawa zamówionego towaru. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia (dalej jako „SWZ”), Zamawiający nie określił warunków udziału w przetargu, a w konsekwencji również ewentualny udział podmiotów udostępniających swoje zasoby stał się bezprzedmiotowy (pkt 5 pkt 5.2 oraz pkt 8 SWZ). Tym samym Zamawiający dopuścił potencjalnie szerokie grono wykonawców, w tym

wykonawców, którzy nie posiadają doświadczenia w realizacji dostaw, stanowiących przedmiot zamówienia.

Podkreślenia wymaga fakt, że nawet w przypadku zwykłej dostawy, każdy wykonawca uprawniony jest do zastrzeżenia udzielonych informacji, jako informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, mimo że nie będą to co do zasady informacje (techniczne, technologiczne) lub dotyczące działań, podejmowanych przez wykonawcę o charakterze innowacyjnym lub unikatowym. Zamawiający powinien zatem stosować zasadę proporcjonalności w dokonaniu oceny uzasadnienia do zastrzeżenia.

Na podstawie art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Tym samym wyrażona została wprost zasada proporcjonalności obowiązująca w procesie udzielania zamówień publicznych. Dla oceny prawidłowego stosowania tejże zasady w praktyce Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 26 marca 2007 r., K 29/06, wskazał na trzy wytyczne, a mianowicie:

- 1) reguły postępowania ustalone przez zamawiającego są w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków, tj. zaspokojenia interesów zamawiającego (zasada przydatności);
- 2) są niezbędne dla ochrony interesu zamawiającego (zasada konieczności);
- 3) osiągnięty cel na skutek zastosowania tych reguł jest istotniejszy niż ograniczenia nakładane na wykonawców.

Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę, że zasada konieczności „z jednej strony stawia przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów.”

W konsekwencji TK wielokrotnie zwracał uwagę na zasadę zakazu nadmiernej (nieproporcjonalnej) ingerencji. Wydaje się, że na gruncie procesu udzielania zamówień publicznych i stosowania obowiązujących przepisów ustawy zasadę tą należy odnosić również do czynności prawnych podejmowanych przez zamawiającego, w szczególności w zakresie dokonywania oceny wystarczającego stopnia szczególności uzasadnienia do zastrzeżenia informacji jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie KIO prezentuje się ugruntowany pogląd, że proporcjonalność oznacza zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą ponieść szkodę na skutek ujawnienia informacji innym wykonawcom. Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególny nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, że jeżeli cel

regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi.

Odwołujący w ramach współpracy handlowej z wieloma producentami wyrobów laboratoryjnych/ materiałów zużywalnych i sprzętu oraz z wybranymi dostawcami ma możliwość zakupu tychże produktów po bardzo korzystnych cenach. Wieloletnie doświadczenie w branży, rozpoznanie rynku, w tym identyfikacja szans i zagrożeń, związanych z terminami dostaw, a przede wszystkim dysponowanie informacjami na temat źródeł zaopatrzenia w produkty w celu realizacji umów, pozwala na optymalne planowanie i kalkulację ceny ofertowej, a w konsekwencji tworzy przewagę organizacyjną, wobec konkurencyjnych firm. Zastrzeżone informacje – w zakresie, ograniczającym się do nazwy i innych danych identyfikujących dostawców Wykonawcy - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem informacje takie (w zestawieniu z podlegającymi ujawnieniu cenami zakupu produktów), określają warunki oraz obrazują sposób/ zasady prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, który zyskuje dzięki temu przewagę konkurencyjną. W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że informacja handlowa dotycząca m.in. źródeł zaopatrzenia Wykonawcy, stanowi informację organizacyjną przedsiębiorstwa i jako taka niewątpliwie może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zwrócił uwagę na aktualnie wyrażany pogląd w orzecznictwie KIO , gdzie przyjmuje się, że informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Dane zawarte w tych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej.

Ujawnienie informacji, pozwoliłoby pozyskać kontrahentów i partnerów wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, co utrudniłoby wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, w końcu sposób wykonywania tych usług, niewątpliwie stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doborem właściwych rozwiązań technicznych, niewątpliwie może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości.

W ocenie Odwołującego, przy uwzględnieniu rodzaju zastrzeżonych informacji, rodzaju zamówienia, w tym sposobu jego wykonania, a także treści uzasadnienia

Wykonawcy do takiego zastrzeżenia (przedstawionego w Wyjaśnieniach), dalsze oczekiwanie Zamawiającego, w zakresie potrzeby sprecyzowania sposobu uzyskania przewagi konkurencyjnej oraz konieczności opisywania działań podejmowanych przez Wykonawcę o charakterze innowacyjnym lub unikatowym, jest wygórowane, a przez to nieuzasadnione.

Odwołujący wskazał na jednolite orzecznictwo sądów administracyjnych, zgodnie z którym zastrzeżenie poufności informacji może być uznane za usprawiedliwione wówczas, gdy łącznie spełnione zostaną warunki, o których mowa w tym przepisie, a mianowicie, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jest inną informacją przedstawiającą wartość gospodarczą - co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski - nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęte zostały w stosunku do niej przez przedsiębiorcę działania zmierzające do zachowania jej poufności (tak: wyroki NSA z 15 grudnia 2016 r. II GSK 1922/15; 11 stycznia 2017 r. II GSK 3487/15; 11 stycznia 2017 r. II GSK 2922/15; 10 stycznia 2014 r. I OSK 212/13).

W ocenie Odwołującego, przy uwzględnieniu rodzaju zastrzeżonych informacji dalsze oczekiwanie Zamawiającego, w zakresie potrzeby określenia konkretnej wartości gospodarczej takich informacji oraz określenia konkretnej szkody, jaką Wykonawca mógłby ponieść w wyniku upowszechnienia takich danych, jest nieuprawnione.

W świetle przedstawionej argumentacji, Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Nieuprawnione działania Zamawiającego w postaci odtajnienia informacji przedstawionych przez Odwołującego w dodatkowych wyjaśnieniach, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia przystąpień po żadnej ze Stron postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której powtórzył argumentację zaprezentowaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w piśmie wskazującym, że Odwołujący nie wykazał przesłanek umożliwiających uznanie określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, prosił Odwołującego o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny na:

- 1) część nr 2, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 43,30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz o 40,20 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 2) część nr 7, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 49,30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania.
- 3) część nr 41, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 39,60% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania.
- 4) część nr 48, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 48,46 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 5) część nr 52, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 61,61 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania,
- 6) część nr 94, ponieważ cena całkowita oferty jest niższa o 39,28 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający wskazał, że oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę:

- 1) zgodność z przepisami dot. kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) wyjątkowo korzystne warunki dostaw;

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający będzie zmuszony odrzucić ofertę Wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia w zakresie ceny we wskazanych przez Zamawiającego częściach postępowania, zastrzegając je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca oświadczył, że zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, **w zakresie informacji handlowych, dotyczących nazwy i innych danych identyfikujących dostawcę (część danych z systemu operacyjnego Wykonawcy, które stanowią Załącznik nr 2 do wyjaśnień), jakich Wykonawca wybrał w celu realizacji zamówienia.**

Zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem informacje te określają warunki oraz tworzą zbiór zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, który zyskuje dzięki temu przewagę konkurencyjną. Nie ulega wątpliwości, że określenie sposobu realizacji zamówienia, w tym identyfikacja źródeł zaopatrzenia w produkty oraz wskazanie na ceny (oraz przyznane opusty) dostępne dla Wykonawcy, to informacje, którymi Wykonawca nie zamierza się dzielić z innymi wykonawcami. Informacje te nie są ujawniane do wiadomości publicznej i nie są dostępne na drodze dozwolonych źródeł i środków. Do informacji zawartych w przytoczonych umowach handlowych lub warunków z nich wynikających mają dostęp jedynie nieliczne, upoważnieni przez Wykonawcę pracownicy lub pełnomocnicy. Informacje te zaliczane są do tzw. informacji poufnych, a ujawnienie ich przed osobami nieupoważnionymi mogłoby stanowić przyczynę utraty zaufania aktualnych kontrahentów wobec Wykonawcy (negatywnie wpłynąć na sytuację Wykonawcy w podejmowaniu negocjacji handlowych w przyszłości), a w konsekwencji będzie stanowić ujawnienie tajemnicy handlowej. Ponadto Wykonawca, przekazując te informacje podmiotom trzecim, każdorazowo informuje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zobowiązuje te podmioty do zachowania w poufności przekazanych informacji. W konsekwencji przedmiotowe informacje, mające istotne znaczenie gospodarcze i organizacyjne dla Wykonawcy, nie będące znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, wobec których Wykonawca oraz jego partnerzy handlowi podjęli niezbędne kroki dla zachowania tych informacji w poufności, wypełniają wszystkie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa opisanej w art. 11 ust. 2 powołanej ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i Wykonawca zobowiązał Zamawiającego do zachowania tych informacji w poufności, ochrony i nie ujawniania ich innym podmiotom. Za aktualny pogląd, wyrażony w orzecznictwie KIO, uznać należy, że informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających, wypełniają

przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2008 r., KIO/UZP 1068/08).

Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Dane zawarte w tych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla Wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje Wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej. Ujawnienie informacji, o których mowa powyżej pozwoliłoby pozyskać kontrahentów i partnerów Wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, co utrudniłoby Wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r., KIO 80/22).

Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, w końcu sposób wykonywania tych usług, niewątpliwie stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doborem właściwych rozwiązań technicznych, niewątpliwie może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości.

Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2022 roku poinformował Odwołującego, że w wyniku badania okoliczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów złożonych w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający postanawia odtajnić informacje znajdujące się w piśmie.

Zamawiający podkreślił, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zasada jawności zaś jest jednym z podstawowych narzędzi do przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem jego przejrzystości, jak i wymogami uczciwej konkurencji, a więc podstawowych założeń instytucji zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 PZP.

Jednym z wyjątków od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 PZP, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako "UZNK"), który statuuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, „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". Aby uzasadnić skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać (wraz z przekazaniem takiej informacji), że zastrzeżona informacja spełnia łącznie wystąpienie następujących przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Dla owego „wykazania” zdaniem Zamawiającego nie wystarczą jednak same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek, warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa (Wyrok KIO 29/22 z dnia 2 lutego 2022 r.). Pod pojęciem wykazania należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie, co ma szczególne znaczenie w przypadku wymienionych przesłanek nr 1 i 3. Za niewystarczające - w zakresie wykazania wyżej wskazanych przesłanek - należy uznać przytaczanie definicji ustawowych czy jedynie głośne przekonanie Wykonawcy, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przesłanka nr 1 (informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą).

Samo zakwalifikowanie określonej informacji jako poufnej nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wykazanie to coś więcej niż uzasadnienie - wykazanie do udowodnienia. „Sąd zgadza się z poglądem KIO, że sformułowanie użyte przez

ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy głośne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, - wartość tę (wartość gospodarczą - przypisek) należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośno zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada, (...). Wskazanie "wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone, - w tym zakresie Sąd podziela stanowisko (...), iż warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą, - (...) nie sprostął konieczności wykazania, że opisywany przez niego sposób kalkulowania jest z jakichś względów unikalny, niespotykany i niedostępny innym wykonawcom."

Wykonawca w swoim uzasadnieniu dotyczącym „wartości gospodarczej” przedłożonych informacji, oparł się jedynie na ogólnych twierdzeniach bez odniesienia do konkretnych sytuacji. Wykonawca stwierdził m.in., że:

1. *„zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, albowiem informacje te określają warunki oraz tworzą zbiór zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę, który zyskuje dzięki temu przewagę konkurencyjną.”* – nie wykazał natomiast jak konkretnie warunki te wpływają na uzyskanie przewagi konkurencyjnej (np. poprzez podanie ewentualnych strat w razie upublicznienia informacji o współpracy w odniesieniu do konkretnych dostawców, trudności w pozyskaniu danego dostawcy, szczegółowej historii współpracy z dostawcami etc.), nie wykazując wartości gospodarczej tych informacji (przedstawiając jedynie ogólne twierdzenia),

2. *„Nie ulega wątpliwości, że określenie sposobu realizacji zamówienia, w tym identyfikacja źródeł zaopatrzenia w produkty oraz wskazanie na ceny (oraz przyznane opusty) dostępne dla Wykonawcy to informacje, którymi Wykonawca nie zamierza się dzielić z innymi wykonawcami.”* – niniejsze wyjaśnienie również ma charakter ogólny, a sam fakt, że ze względu na określoną politykę Wykonawca pewnych informacji wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z tych informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (podobnie wyrok KIO 720/21 z dnia 29 marca 2021 r.).

W dalszej części uzasadnienia Wykonawca opierając się na wyrokach KIO (m.in. wyrok KIO 80/22 z 25 stycznia 2022 r. oraz wyroki KIO 3513/21 oraz 3514/21 z dnia 28 grudnia 2021 r.) wskazuje jakie informacje handlowe mogą stanowić tajemnicę

przedsiębiorstwa m.in. „całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa”, „umowy z klientami” czy „zasady współpracy”. Zamawiający nie przeczy, że takie informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże rolą Zamawiającego jest przesądzenie czy Wykonawca wykazał wraz z przedłożonymi informacjami, że taką tajemnicę stanowią, co w ocenie Zamawiającego nie nastąpiło w niniejszym przypadku (Wykonawca tego nie wykazał).

Dodatkowo Wykonawca zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa również w zakresie oferowanych przez siebie produktów „materiałów zużywalnych marki Labsolute”, przy czym także nie wyjaśnił jaką wartość gospodarczą może nieść taka informacja.

Wykonawca w żadnej części uzasadnienia – poza ogólnymi stwierdzeniami, często cytując orzecznictwo – nie wykazał, że przedłożone informacje posiadają wartość gospodarczą. Nie odniósł się w żaden sposób do konkretnych przypadków, czym nie podjął próby dowodzenia wykazania przesłanek wymaganych do uznania przedłożonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przesłanka nr 2 (informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób).

W sprawie w ocenie Zamawiającego określona przesłanka również nie została spełniona. Wykonawca zastrzegł informacje handlowe dotyczące nazwy i innych danych identyfikujących dostawcę (część systemu operacyjnego Wykonawcy, które stanowią załącznik nr 2 do wyjaśnień). Należy jednak zwrócić uwagę, że dane te - chociażby w zakresie kolumny „manufacture” (pol. „producent”) z załącznika nr 2 do wyjaśnień – pokrywają się z danymi już wcześniej upublicznionymi (co do których Wykonawca nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa). Wykonawca wraz ze złożeniem ofert w postępowaniu – w załączniku do oferty (formularzu wyceny – w ostatniej kolumnie) – zawarł informacje o producentach poszczególnych produktów oferowanych przez niego w każdej części. Podobnie miało to miejsce również w ubiegłym roku w postępowaniu na dostawę materiałów zużywalnych dla Zamawiającego (nr sprawy PO.271.1.2021), gdzie w załącznikach do oferty z dnia 17.06.2021 r. (formularzu wyceny) Wykonawca również upublicznił wyżej wskazane informacje i stały się publicznie dostępne.

Przesłanka nr 3 (uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności).

W przypadku przesłanki nr 3 Wykonawca powinien wykazać, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.), dowieść podjęcie tych działań (np. poprzez przedstawienie

wzorów dokumentów etc). Podobnie jak miało to miejsce w przypadku poprzednich przesłanek Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń: „do informacji (...) mają dostęp jedynie nieliczne, upoważnieni przez Wykonawcę pracownicy lub pełnomocnicy”, „Wykonawca, przekazując te informacje podmiotom trzecim (jak w przedmiotowym piśmie), każdorazowo informuje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zobowiązuje te podmioty do zachowania w poufności przekazanych informacji” czy „(...)Wykonawca oraz jego partnerzy handlowi podjęli niezbędne kroki dla zachowania tych informacji w poufności”, nie przedstawiając jednak żadnych konkretnych dowodów na podjęcie tych czynności.

Odwołujący nie przytoczył przykładów takich dokumentów, a jak słusznie podkreślono w orzeczeniu KIO 764/22 z dnia 7 kwietnia 2022 r. nawet samo ich przytoczenie bez przedstawienia określonych dowodów jest niewystarczające: *„Jakkolwiek każdy wykonawca może w chwili złożenia oferty lub wyjaśnień takie oświadczenia i deklaracje składać, to niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK. Tymczasem aby je wykazać, należy np. przedstawić dokumenty, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla ściśle określonego kręgu osób. Wykonawca nie przedstawił dowodów, np. w postaci polityki bezpieczeństwa, zobowiązania do zachowania poufności, itp. potwierdzających zawarte oświadczenia. Ograniczył się jedynie do przywołania nazw takich dokumentów (...).*

Na czynność Zamawiającego złożono odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, podlegało oddaleniu w całości.

Rozpoznając główny zarzut odwołania, w ramach uwag natury ogólnej, zauważyć należy, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), 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 poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w ustawie Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Poglądy doktryny i orzecznictwo dopuszczają jednocześnie możliwość zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w terminie późniejszym niż termin składania ofert, pod warunkiem że dany wykonawca przedstawiając informacje wykaże, że spełnione zostały ustawowe przesłanki wynikające z definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”. W szczególności dotyczy to informacji przedstawianych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy też wyjaśnień treści oferty. Zawsze jednak na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia, w ramach którego wykazane zostanie, że dane elementy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło

w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Przy czym podkreślić należy, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby sądów powszechnych dotyczące tej materii. Ocenie Zamawiającego podlegać powinna również okoliczność, czy Wykonawca zastrzegający dane informacje przedstawił dowody na potwierdzenie tez zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia. Chodzi tu między innymi o przykładowe klauzule o zachowaniu informacji w poufności, wyciągi z polityki bezpieczeństwa, wyciągi z umów o pracę.

W ocenie Izby Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podlegającym weryfikacji w ramach postępowania odwoławczego słusznie uznał, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił, że przedstawione informacje w ramach wyjaśnień ceny ofertowej mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ramach pierwszej z przesłanek uprawniających do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż w uzasadnieniu zastrzeżenia powyższych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie przedstawiono argumentacji, że chronione zasoby przedstawiają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą uzasadniającą zastrzeżenie.

Odwołujący składając uzasadnienie zastrzeżenia wskazał, że zastrzega informacje dotyczące *nazwy i innych danych identyfikujących dostawcę (część danych z systemu operacyjnego Wykonawcy, które stanowią Załącznik nr 2 do niniejszych wyjaśnień)*. Pomijając rozważania Zamawiającego, że Załącznik nr 2 nie zawiera danych identyfikujących dostawców, ponieważ użyto w nim słowa „producent”, a w treści oferty wskazano „dostawców”, bowiem rozważania te mają znaczenie drugorzędne dla istoty sporu, to Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego, że taki zbiór informacji nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Bez wątplenia informacje odnoszące się do dostawców lub producentów, z których zasobów korzysta dany podmiot i z którymi współpracuje stanowią informacje handlowe i jako takie mogą przełożyć się na przewagę konkurencyjną danego podmiotu. Tym samym jednocześnie informacje mogą być tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący jednak, co słusznie podkreślał Zamawiający, nie wykazał wartości gospodarczej takich informacji. W uzasadnieniu zastrzeżenia powyższych informacji jako

tajemnica przedsiębiorstwa nie przedstawiono argumentacji, że chronione zasoby przedstawiają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą uzasadniającą zastrzeżenie. Zastrzeżenie w tym zakresie zawiera jedynie ogólnikowe twierdzenia, które można zastosować w przypadku każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, który w ramach tej działalności tworzy siatkę podmiotów współpracujących na określonych zasadach. Złożone wyjaśnienia nie obrazują indywidualnego podejścia do szacowania elementów przedmiotu zamówienia, nie przedstawiają planu, według którego zamierza realizować umowę Wykonawca. Obowiązkiem Odwołującego było wykazanie (opisanie) jak te konkretne elementy przekładają się na przewagę danego podmiotu na rynku. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący posiłkował się orzecznictwem Izby, które z założenia samo w sobie nie może stanowić o możliwości uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przypadku kolejnej przesłanki ujętej w definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”, że dane informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej dostrzeżenia wymaga, iż w treści oferty, w formularzach wyceny znajdują się informacje, w których podano nazwy dostawców dla poszczególnych produktów. Podobnie ujęto te elementy w Załączniku nr 2 do wyjaśnień ceny, który Odwołujący próbował zastrzec, w ocenie Izby nieskutecznie. Odwołujący w ofercie nie zaznaczył, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa nazwy dostawców/producentów, z zasobów produktowych których będzie korzystał przy dostawach dla Zamawiającego, a które to miały stanowić o jego przewadze cenowej wobec innych wykonawców. Tym samym informacje powyższe z momentem otwarcia oferty stały się jawne dla nieograniczonego kręgu osób. Zastrzeganie ich następnie w ramach składania wyjaśnień odnośnie do ceny ofertowej, w ocenie Izby, co celnie także podkreślił Zamawiający, mija się z celem przepisu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa. Jeżeli określony zakres pojęciowy został już ujawniony, to nie jest możliwe następcze jego utajnienie. Bardziej zrozumiałym byłoby dla Izby zastrzeżenie w ramach składanych wyjaśnień informacji odnoszących się do cen jednostkowych, które Odwołującemu udało się wynegocjować u poszczególnych dostawców. Tych elementów jednak Odwołujący nie próbował nawet utajnić, wskazując jednoznacznie, że zastrzeżeniem obejmuje nazwy i inne dane identyfikujące dostawcę (część danych z systemu operacyjnego Wykonawcy, które stanowią Załącznik nr 2 do wyjaśnień). Niezaprzeczalnie w ocenie Izby z tego twierdzenia wynika, że tylko dane identyfikacyjne podmiotów miały podlegać zastrzeżeniu i nie odnosiło się ono do cen jednostkowych.

Ostatnią przesłanką, która pozwala wykonawcy uznać informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie, że podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Można w ocenie Izby przyjąć, że ten element w uzasadnieniu

zastrzeżenia informacji Odwołujący w ogóle pominął. Uzasadnienie w tym zakresie opiera się jedynie na pustych deklaracjach, ogólnikowych twierdzeniach. Jak prawidłowo zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, w tym zakresie uzasadnienie zastrzeżenia winno posiłkować się materialnymi dowodami, choćby pod postacią wzorów umów o pracę, które zawierają klauzule o poufności, zastrzeżeniach kontrahentów Wykonawcy, zobowiązujących do go zachowania danych jako poufne, opisanie lub złożenia polityki bezpieczeństwa wprowadzonej i funkcjonującej u Wykonawcy, opisanie w jaki sposób zabezpieczane są dane w organizacji Odwołującego. Tymczasem w uzasadnieniu zastrzeżenia Odwołujący ograniczył się do kilku zdań, bez przedstawienia jakichkolwiek dowodów w postaci dokumentów, że rzeczywiście określony poziom bezpieczeństwa informacji został w przedsiębiorstwie wdrożony. Nie przedstawiono żadnych konkretnych dowodów na podjęcie określonych czynności. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa same deklaracje Wykonawcy nie są w tym zakresie wystarczające. Konieczne jest przedstawienie konkretnych dowodów w postaci dokumentów. Odwołujący taki dokument przedstawił zaś dopiero na rozprawie przed Izbą. W tym względzie zauważyć należy, iż obowiązek dowiedzenia materializował się w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed Zamawiającym. Złożenie dokumentów dopiero w postępowaniu odwoławczym należy uznać za spóźnione. Izba weryfikuje bowiem czynności, których dokonał lub których zaniechał dokonać Zamawiający a nie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie sprawdza się prawidłowość działania Wykonawców.

Konkludując, z tych względów odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz.

2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....