

Sygn. akt: KIO 582/21

WYROK
z dnia 12 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 roku przez wykonawcę Ekologika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszycy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Międzyrzec Podlaski

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Ekologika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszycy i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Ekologika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszycy tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Ekologika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszycy na rzecz Zamawiającego Gminy Międzyrzec Podlaski kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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

Zamawiający – Gmina Międzyrzec Podlaski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Termomodernizacja budynku publicznej szkoły podstawowej w miejscowości Misie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 listopada 2020 roku pod numerem 611140-N-2020.

22 lutego 2021 roku działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nPzp”, Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od: zaniechania odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę L. B. Spółka Jawna, ul. Kryształowa 21, Rakowiska, 21-500 Biała Podlaska (dalej „L.”), tj. części dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 02 lutego 2021 r., złożonych Zamawiającemu 03 lutego 2021 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.J, zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę L., tj. części dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 02 lutego 2021 r., złożonych Zamawiającemu 03 lutego 2021 r., pomimo że wykonawca L. nie wykazał, iż te dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również pomimo że te dokumenty i informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu aby Zamawiający odtajnił (ujawnił) i niezwłocznie udostępnił Odwołującemu dokumenty i informacje

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę L., tj. nieodtajnione dotychczas dokumenty i informacje stanowiące wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 02 lutego 2021 r., złożone Zamawiającemu 03 lutego 2021 r., a dokładnie Załączniki do pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę, bowiem zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się aktualnie (tj. po odrzuceniu oferty wykonawcy PPHU MAJKA M. D. w spadku, ul. Mickiewicza 7, 17-300 Siemiatycze) na drugim miejscu w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy L. . Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej i zaniechanych czynności, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji Odwołujący mógłby się zapoznać z całością złożonych Zamawiającemu wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i m.in. sprawdzić, czy wykonawca L. faktycznie wykazał w nich, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący zyskałby zatem realną możliwość sprawdzenia, czy Zamawiający dokonał prawidłowego badania oferty wykonawcy L., w szczególności czy nie zaniechał jej odrzucenia z powodu rażąco niskiej ceny lub nieudzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W tym celu niezbędne jest jednak zapoznanie się przez Odwołującego z pełną treścią wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych Zamawiającemu. Dzięki temu Odwołujący będzie rzeczywiście mógł zakwestionować ewentualny wybór oferty wykonawcy L. jako najkorzystniejszej oferty. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*fucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 nPzp.

Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Efektom wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego może być bowiem

uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynie na wynik postępowania,

Odwołujący podał:

W dniu 08 lutego 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie mu pełnej dokumentacji przetargowej, w tym uzupełnień/wyjaśnień, wezwań Zamawiającego i odpowiedzi wykonawców.

W dniu 16 lutego 2021, r. Zamawiający przestał Odwołującemu drogą elektroniczną, tj. mailem, skan części pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r., zatytułowanego „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.”, stanowiącego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny. Na wstępie ww. pisma wykonawca L. zamieścił następujące oświadczenie: „Treść pkt II niniejszego pisma oraz załączniki nr 1 — 14 do pisma stanowią dla L. B. Ł. i wspólnik Spółka jawna informacje zastrzeżone jako *stanowiące przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*.”

L. B. Ł. i wspólnik Spółka jawna utajnia pkt II niniejszego pisma oraz załączniki nr 1 — 14 do pisma i prosi o ich nieudostępnianie stosownie do treści art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”

W przestany Odwołującemu skanie ww. pisma zastrzeżona (nieujawniona) pozostała treść pkt II pisma, zastrzeżone (nieujawnione) pozostały też załączniki do ww. pisma.

Ponadto w dniu 16 lutego 2021. r. Zamawiający przestał Odwołującemu drogą elektroniczną, tj. mailem, skan pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L.. W ww. piśmie Zamawiający informuje wykonawcę L., że: „(...) z dniem 16 lutego 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dokonuje odtajnienia następujących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- 1) Treść pkt II pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.* tj. strony 3-6;
- 2) Załącznik nr 1 do pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.*
- 3) Załączniki nr 15-19 do pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r*”

W oparciu o powyższe Odwołujący stwierdził, że Zamawiający samodzielnie odtajnił:

- treść pkt II (tj. strony 3-6) pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r., zatytułowanego „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r”, stanowiącego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny,
- Załącznik nr 1 do ww. pisma
- Załączniki nr 15-19 do ww. pisma,

przy czym ich udostępnienie Odwołującemu nastąpi po upływie terminu na wniesienie ewentualnego odwołania przez wykonawcę L. .

Ponadto w oparciu o powyższe Odwołujący ustalił, że Zamawiający samodzielnie nie odtajnił i nie udostępnił Odwołującemu Załączników do pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie, gdyż uznaje za skuteczne dokonane przez wykonawcę L. ich zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co za tym idzie, udostępniony Odwołującemu skan pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” nie obejmował Załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie.

Zamawiający do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie odtajnił (nie ujawnił) ww. Załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie.

W świetle powyższego uznać należało, że Zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę L. w zakresie ww. Załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie a Odwołujący powziął o tym wiadomość w dniu 16 lutego 2021 r., tj. w dniu, w którym zapoznał się z przesłanym mu skanem części jawnej pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” oraz skanem pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L..

Odwołanie jest wnoszone w dniu 22 lutego 2021 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymogom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) nPzp. Ustawowy termin 5 dni na wniesienie odwołania upływał w niedzielę 21 lutego 2021 r., niemniej jednak zgodnie z art. 509 ust. 2 nPzp jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Tym samym niniejszej odwołanie jest wniesione z zachowaniem ustawowego terminu 5 dni.

Odnośnie wniesienia odwołania we właściwym terminie Odwołujący podał, że Zamawiający, przesyłając Odwołującemu drogą elektroniczną, tj. mailem, skan części pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r., zatytułowanego „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.”, stanowiącego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, w żaden sposób nie wskazał, iż będzie kontynuował czynność badania i oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę L. i że nie podjął jeszcze ostatecznej decyzji czy będzie to zastrzeżenie respektować czy nie. Co więcej, w świetle przesłanego Odwołującemu przez Zamawiającego skanu pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L., uznać należało, że Zamawiający czynność badania i oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę L. zakończył i że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę L. w zakresie Załączników do pisma „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie, skoro odnośnie tych Załączników nie podjął decyzji o odtajnieniu.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego uznać należy, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 16

lutego 2021 r., tj. w dniu, w którym zapoznał się z przesłanym mu skanem części jawnej pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r oraz skanem pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L. . Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zaczyna biec od dnia odmowy udostępnianie przez Zamawiającego tych informacji np. poprzez ich pominięcie w skanie oferty przesłanym wykonawcy.

Odwołujący podał, że odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego w odpowiednim terminie. Także w niniejszej sprawie Zamawiający, nie udostępniając Odwołującemu Załączników do pisma „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie, nie przedstawił dodatkowych terminów, w których możliwe byłoby ich udostępnienie, ani nie poinformował Odwołującego, że podjął procedurę zmierzającą do weryfikacji skuteczności ich zastrzeżenia. W świetle przesłanego Odwołującemu przez Zamawiającego skanu pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L., uznać należało, że Zamawiający czynność badania i oceny zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę L. zakończył i że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę L. w zakresie Załączników do pisma „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie, skoro odnośnie tych Załączników nie podjął decyzji o odtajnieniu. W świetle powyższego uznać należy, że o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 16 lutego 2021 r.

Odwołujący wyjaśnił:

odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym i niezakończonym przed dniem 1 stycznia 2021 r. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) do takich postępowań o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie jednak z art. 92 ust. 2 ww. ustawy do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89 (czyli w ustawie Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 (czyli nPzp. Z tego względu do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nPzp. Tym samym, zgodnie z art. 513 nPzp, wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni dopuszczalne.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk”), poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę L., tj. części dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 02 lutego 2021 r., złożonych Zamawiającemu 03 lutego 2021 r., pomimo że wykonawca L. nie wykazał, iż te dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również pomimo że te dokumenty i informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy co następuje.

W dniu 16 lutego 2021. r. Zamawiający przesłał Odwołującemu drogą elektroniczną, tj. mailem, skan pisma z 16 lutego 2021 r., zatytułowanego „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, skierowanego od Zamawiającego do wykonawcy L. . W ww. piśmie Zamawiający informuje wykonawcę L., że: „{...} z dniem 16 lutego 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych dokonuje odtajnienia następujących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- 1) Treść pkt II pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r*, tj. strony 3-6;
- 2) Załącznik nr 1 do pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r*.
- 3) Załączniki nr 15-19 do pisma *Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.*"

W dalszej części ww. pisma Zamawiający zamieścił obszernie uzasadnienie swojej decyzji, wskazując w szczególności, że:

„W zakresie Treści pkt II pisma Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r. tj. strony 3-6 w uzasadnieniu zastrzeżenia podano przytoczenie przepisów, poglądów doktryny i orzecznictwa na temat natury pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa oraz w sposób lakoniczny i niewystarczający opisano wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji podkreślając, że ich ujawnienie może istotnie utrudnić Spółce uzyskiwanie zamówień publicznych. Jednak w ocenie Zamawiającego ujawnienie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie robót budowlanych w konkretnym postępowaniu nie może być automatycznie utożsamione z ujawnieniem danych mogących pogorszyć sytuację rynkową Wykonawcy. Wykonawca w żaden sposób nie wskazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru sposobu kalkulacji ceny ofertowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłaby go narazić na szkodę.

Oceniając uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych w zakresie załącznika nr 1 do pisma, który stanowi szczegółowa kalkulacja ceny oferty w pierwszej kolejności należy zauważyć, że wyceny poszczególnych elementów, które będą ujawnione w kosztorysie stanowią załącznik od zawieranej i jawnej umowy o zamówienia publiczne. Co więcej, w

przedmiotowym postępowaniu informacja o nazwach podmiotów, mających być Podwykonawcami Wykonawcy zostały wskazane w treści oferty i nie zostały opatrzone klauzulą poufności.

Odnosząc się do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowiących załączniki nr 15-19 do pisma (referencje Wykonawcy) Zamawiający wskazuje Wykonawca, iż w ogóle nie odniósł się w uzasadnieniu do tej części informacji tj. nie podjął nawet próby wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a co za tym idzie jej nie wykazał. Co więcej, referencje przedstawione przez Wykonawcę poświadczają należyte wykonie 5 inwestycji na rzecz jednostek sektora finansów publicznych, więc są jawne na gruncie Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176).

Tajemnica przedsiębiorcy winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Ponadto. Wykonawca winien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierna szkodę w przedsiębiorstwie. Takich jednak okoliczności w ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał. Ogólne stwierdzenia Wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarcze? i uprawdopodobnienia szkody jaka może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Zamawiającego niewystarczające. Obowiązek wykazania, o którym mowa w art. 8 ust. 3 PZP to obowiązek leżący po stronie Wykonawcy, który należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania Zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 PZP ochrony. W takiej sytuacji prawem, a wręcz obowiązkiem po stronie Zamawiającego, jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi Wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia (KIO 2033/19). Ograniczenie zasady jawności ze względu na tajemnice przedsiębiorcy ma charakter wyjątku od zasady i w związku z tym nie może być wykładane rozszerzająco, dlatego też Wykonawca zastrzegający poufność nie może ograniczyć się do ogólnego stwierdzenia o istnieniu takiej tajemnicy, w tym sformułowanego jedynie na podstawie

własnej, subiektywnej oceny. Informacje związane z działalnością przedsiębiorcy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z perspektywy Wykonawcy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej przedsiębiorcy (KIO1933/19).

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez Wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów (KIO 2498/18, KIO 2314/18). W ocenie Zamawiającego wartość gospodarcza jest na tyle wymiernym i zdefiniowanym pojęciem, że powinna być w konkretnych przypadkach żądania ochrony dla poszczególnych informacji przedstawiona i uzasadniona przez Wnioskodawcę. Tak więc w ocenie Zamawiającego co do posiadania wartości gospodarczej informacji mających być objętych ochroną należy tę wartość gospodarczą wykazać a nie tylko na nią się powoływać. Wykonawca przedkładając wniosek ochrony zastrzeżonych przez niego informacji jedynie na wartość gospodarczą się powołuje, ale jej nie przedstawia, wykazuje, udowadnia. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zwracała uwagę w swoich wyrokach, to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi Wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek warunkujących skuteczność takiego zastrzeżenia. Sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów lub podwykonawców z którymi współpracują konkurenci, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej Wykonawcy,

Zamawiający zauważa, że Wykonawca nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Samo uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawiera jedynie teoretyczne wywody na temat tego, że chroni on między innymi dostęp do informacji w określony sposób. W tym zakresie należy przede wszystkim podkreślić, że same ogólnikowe informacje o poufności pewnych informacji przy braku dowodów odnoszących się do tych elementów należy uznać w świetle ciężaru dowodu obciążającego Wykonawcę za niewystarczające."

Odwołujący podał, że w całej rozciągłości zgadza się z powyższym stanowiskiem Zamawiającego. Z niezrozumiałych dla Odwołującego powodów Zamawiający respektuje jednak zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę L. w zakresie Załączników do pisma „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie (skoro odnośnie tych Załączników nie podjął decyzji o odtajnieniu). Tymczasem zastrzeżenie ww. Załączników przez wykonawcę L. jest wadliwe i bezpodstawne dokładnie z tych samych przyczyn, co szczegółowo wskazane w ww. piśmie Zamawiającego z 16 lutego 2021 r. i przytoczone obszernie powyżej. W świetle

samodzielnych ustaleń poczynionych przez Zamawiającego nie ma żadnych wątpliwości, że również zastrzeżenie ww. Załączników od nr 2a. b. c do nr 14 włącznie nie powinno być respektowane, gdyż wykonawca L., tak samo jak w przypadku pozostałych zastrzeżonych informacji i dokumentów, nie wykazał, iż stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa. Zatem już tylko ze względów wskazanych powyżej Zamawiający winien odtajnić i udostępnić Odwołującemu również ww. Załączniki od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Z literalnego brzmienia ww. przepisu wynika w sposób niebudzący wątpliwości, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z wykazaniem, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Brak ww. wykazania powoduje natomiast, że zastrzeżenie jest bezskuteczne a informacje powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi też żadnych wątpliwości, że zasada jednoczesnego wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązuje także w przypadku zastrzegania dokumentów składanych na późniejszym etapie postępowania, np. wyjaśnień ceny. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, a nie tylko uzasadnienia.

Odwołujący podał, że w piśmie z 02 lutego 2021 r. „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.”, uzasadniając zastrzeżenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wykonawca L. zawarł zdawkowe, wręcz symboliczne uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia. Jak bowiem wynika z jawnego i udostępnionego Odwołującemu pkt III ww. pisma („Uzasadnienie objęcia pkt II pisma klauzulą *„tajemnica przedsiębiorstwa”*”) na powyższe uzasadnienie składa się: przytoczenie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 uznk; wskazanie w sposób maksymalnie ogólny i bez jakichkolwiek dowodów jakie działania wykonawca L. podjął w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji; przytoczenie wyroku Izby dnia 14 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 228/11, dotyczącego możliwości dokonania stosownego utajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, bez jakiegokolwiek wyjaśnienia w jaki sposób powyższy wyrok przekłada się na zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę L. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny; kilku bardzo ogólnikowo sformułowanych zdań, wręcz frazesów, nic nie wnoszących do sprawy i niczego konkretnego nie wykazujących.

Generalnie przedstawione przez wykonawcę L. uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera żadnych

konkretnych informacji i niczego nie wyjaśnia, równie dobrze mogło by go w ogóle nie być. Wykonawca L. nie wyjaśnił nawet na czym miałyby polegać wartość gospodarcza zastrzeżonych przez niego dokumentów i informacji. Tymczasem jak się podkreśla w orzecznictwie KIO tajemnica przedsiębiorstwa musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakiś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W niniejszej sprawie wykonawca L. nie wyjaśnił Zamawiającemu ani nie wykazał, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzeżone informacje pozostaną niejawnie. Wykonawca L. ograniczył się bowiem wyłącznie do zdawkowego zapewnienia, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą: *„Na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Spółki, jej powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jej przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Tym samym informacje te mają bezwzględnie wartość gospodarczą i L. chroni je w sposób szczególny, w tym w ramach Postępowania”* (cytat za str. 7 pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r.). Z czego miałyby wynikać i na czym konkretnie polegać owa wartość gospodarcza wykonawca L. nie raczył wyjaśnić, nie mówiąc już o poparciu swoich twierdzeń dowodami. Tak samo hasłowe i gołosłowne pozostają twierdzenia wykonawcy L. o rzekomym zagrożeniu jego pozycji rynkowej czy groźbie ujawnienia powiązań handlowych, sposobu organizacji przedsiębiorstwa czy przyjętej metodologii działania. Nie sposób zresztą zrozumieć jakie to wrażliwe dane dotyczące organizacji przedsiębiorstwa czy przyjętej metodologii działania wykonawca L. zawarł rzekomo w wyjaśnieniach ceny, skoro wyjaśnienia te miały dotyczyć wyliczenia ceny, a nie szczegółowo opisywać sposób realizacji zamówienia przez danego wykonawcę. Natomiast podwykonawcy, z których wykonawca L. chce skorzystać, wraz z powierzonym im zakresem podwykonawstwa, zostali ujawnieni już w ofercie, w części F. formularza oferty.

Nic nie wnosi do sprawy stwierdzenie przez wykonawcę L., że: *„Złożone wyjaśnienia oraz załączniki stanowią dla Spółki informacje mające charakter gospodarczo- handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia zawierają informacje dotyczące stosowanej polityki cenowej, co w przypadku ich ujawnienia może istotnie utrudnić Spółce uzyskiwanie zamówień publicznych. W oparciu o te dane konkurencja może łatwo uzyskać wiedzę o informacjach organizacyjnych i handlowych L., czego wykonawca chciałby uniknąć. (...) Złożona szczegółowa kalkulacja pokazuje model operacyjny działania spółki, w tym przyjęte założenia do wyceny oferty, a przede wszystkim podejście do zysku przy realizacji umowy zawartej z Zamawiającym”* (cytat za str. 7 pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r.). Jeżeli przez stosowaną politykę cenową wykonawca L. rozumie wysokość cen oferowanych przez niego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, to wskazać trzeba, że

informacje na ten temat są jawne z mocy samego prawa i dostępne dla każdego zainteresowanego, gdyż zamawiający informacje o zaoferowanych cenach podają podczas otwarcia ofert i informacji tych nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa (*vide* art. 86 ust. 4 ustawy Pzp i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).

Kompletnie niewiarygodne są również zdaniem Odwołującego twierdzenia wykonawcy L. o informacjach organizacyjnych oraz o modelu operacyjnym działania spółki, rzekomo przedstawionym w zastrzeżonych wyjaśnieniach ceny. Ponownie wskazać trzeba, że wyjaśnienia te miały dotyczyć wyliczenia ceny, a nie szczegółowo opisywać sposób realizacji zamówienia przez wykonawcę czy też sposób organizacji wykonawcy.

Zamówienie dotyczy wykonania robót budowlanych w modelu „wybuduj”, a nie „zaprojektuj i wybuduj”. Powyższe wynika jasno i wyraźnie z Rozdziału 2 pkt 2.4 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że: „Na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik Nr 1 do SIWZ, opisujący zakres wykonywanych robót składa się: dokumentacja projektowa przez którą zamawiający rozumie dokumenty wskazane poniżej w pkt 1-9: Projekt Robót Geologicznych; Projekt Budowlany Termomodernizacji Budynku Szkoły Podstawowej w Misiach; Audyt Energetyczny Budynku Publicznej Szkoły Podstawowej im. M. Konopnickiej w Misiach; Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymagania ogólne; Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Branża sanitarna; Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Wymiana istniejących opraw oświetlenia w budynku Szkoły Podstawowej im. M. Konopnickiej w Misiach; Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych - Montaż instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 11,52 kWp na budynku Szkoły Podstawowej im. M. Konopnickiej w Misiach; Specyfikacja Techniczna Systemu Zarządzania Energią; Specyfikacja Techniczna Automatyki Pogodowej; przedmiar robót.”

Przedmiotem zamówienia nie jest zatem zaprojektowanie jakichkolwiek zupełnie nowych, wcześniej nieznanymi czy autorskich rozwiązań, lecz wykonanie robót budowlanych i to według drobiazgowo sformułowanych przez Zamawiającego wymagań, przedstawionych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ. Wykonawca przedmiotowego zamówienia ma się zatem dostosować do konkretnie i szczegółowo opisanych w SIWZ wymagań i miał je wycenić na etapie kalkulacji ceny ofertowej. Przedstawianie w wyjaśnieniach ceny jakichkolwiek informacji organizacyjnych oraz modelu operacyjnego działania spółki nie było zatem potrzebne, zresztą w ocenie Odwołującego w ogóle nie miało miejsca, a przeciwne twierdzenia wykonawcy L. stanowią jedynie gołosłowne zapewnienia, mające „usprawiedliwić” dokonane bezpodstawnie zastrzeżenie. Odnosząc się z kolei do twierdzeń wykonawcy L. o ochronie przyjętych założeń do wyceny oferty, a przede wszystkim o ochronie podejścia do zysku przy realizacji umowy zawartej z Zamawiającym, wskazać trzeba, że wykonawca L.

nie był nawet łaskaw wyjaśnić dlaczego ww. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i jaka konkretnie (techniczna, technologiczna, organizacyjna), ponownie też w żaden sposób wykonawca L. nie wyjaśnił na czym miałyby polegać wartość gospodarcza tych informacji, nie mówiąc już o braku jakichkolwiek dowodów w tam zakresie. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że powyższe informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, między innymi z tego powodu, że nie mają stałego czy niezmiennego charakteru, lecz dotyczą tylko i wyłącznie jednego, konkretnego zamówienia publicznego. Zatem przyjęte przez wykonawcę L. założenia do wyceny oferty czy podejście do zysku przy realizacji umowy zawartej z Zamawiającym mają charakter jednorazowy, co jest zresztą oczywiste, gdyż cenę konkretnego zamówienia zawsze kalkuluje się indywidualnie, w tym indywidualnie ustala się poziom spodziewanego zysku. Trzeba też podkreślić, że każdy wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie (czy jakiegokolwiek inne zamówienie publiczne) musiał przyjąć jakieś założenia do wyceny oferty oraz zastosować jakieś podejście do zysku przy realizacji umowy. Tym samym postępowanie wykonawcy L. nie jest niczym nadzwyczajnym czy szczególnym, a zwłaszcza czymś, co zasługiwałoby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Można się zgodzić z wykonawcą L., że w orzecznictwie przyjmuje się, iż wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe nie oznacza jednak, że każde takie wyjaśnienia faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zwłaszcza nie oznacza, że taką tajemnicę stanowią wyjaśnienia złożone przez wykonawcę L. w niniejszej sprawie.

Odwołujący podał, że nie jest znana treść pkt II pisma z 02 lutego 2021 r. „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” (Zamawiający tej treści jeszcze Odwołującemu nie udostępnił), niemniej jednak już informacje na jej temat zawarte w piśmie Zamawiającego z 16 lutego 2021 r., zatytułowanym „Informacja w sprawie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, jednoznacznie dowodzą, że wykonawca L. w żaden sposób nie wykazał tam, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, jak wytknął Zamawiający, w pkt II pisma z 02 lutego 2021 r. „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” Już tylko tych względów dokonanego przez wykonawcę L. zastrzeżenia nie sposób uznać za prawidłowe i skuteczne. Wykonawca L. nie wykazał, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Jak wynika z poglądu Krajowej Izby Odwoławczej jest to dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa, który musi zostać wykazany celem skutecznego zastrzeżenia jawności danych informacji. Tymczasem w uzasadnieniu wskazano jedynie gołosłownie, że informacje mają wartość gospodarczą, bez jakiegokolwiek rozwinięcia tej kwestii, w tym rzeczywistego wykazania tej wartości.

Ogólnikowe jest powołanie się przez wykonawcę L. na rzekome próby podkupienia kontrahentów L., co do których nie wiadomo nawet czy faktycznie miały miejsce.

Niezależnie od kwestii niewykazania wartości gospodarczej zastrzeżony informacji Zamawiający podniósł również, że: *„Wykonawca w żaden sposób nie wskazał wyjątkowego czy unikalnego charakteru sposobu kalkulacji ceny ofertowej, której ewentualne ujawnienie konkurencji mogłoby go narazić na szkodę.”* Odwołujący zauważa, że brak takiego wykazania sam w sobie dowodzi, iż sposób kalkulacji ceny przez wykonawcę L. nie ma charakteru unikalnego, co już zresztą poniesiono powyżej. Zamawiający, odnosząc się do argumentacji użytej przez wykonawcę L. w uzasadnieniu zastrzeżenia, słusznie zauważył ponadto, iż: *„Sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów lub podwykonawców z którymi współpracują konkurenci, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej Wykonawcy.”* Tymczasem to na tym właśnie argumentcie wykonawca L. praktycznie w całości oparł dokonane zastrzeżenie. Zamawiający zwrócił też uwagę na bardzo ważną kwestię ciężaru dowodu, któremu wykonawca L. nie uczynił zadość: Brak wykazania podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa sam w sobie przesądza o bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia.

Szczególną uwagę poświęcić należy wywodom wykonawcy L., które mają wykazać, że podjął on, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności. W tym zakresie wykonawca L. w sposób ogólnikowy wskazał, że: *„Informacje te w zbiorze przygotowanym Zamawiającemu nie są powszechnie dostępne na przykład na stronach internetowych Spółki, jak również krąg osób które mają dostęp w przygotowanym zbiorze jest bardzo ograniczony do zaledwie kilku osób”* oraz że: *„L. podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji tj.: a) ograniczył krąg osób, który ma dostęp do tych informacji, zobowiązał te osoby do zachowania poufności, b)zastrzega każdorazowo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego te informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, c) szkoli pracowników w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Spółce.”* (oba cytaty za str. 7 pisma wykonawcy L. z 02 lutego 2021 r.).

W ocenie Odwołującego powyższe twierdzenia są po pierwsze są one maksymalnie ogólnikowe i niekonkretne, po drugie wykonawca L. w żaden sposób nie wykazał, iż którekolwiek z tych stwierdzeń odpowiada rzeczywistości. W szczególności wykonawca L. nie przedstawił żadnych dowodów na to, że faktycznie: - ograniczył krąg osób, który ma dostęp do tych informacji, oraz zobowiązał te osoby do zachowania poufności, - zastrzega każdorazowo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego te informacje jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, - szkoli pracowników w zakresie informacji stanowiących „tajemnicę przedsiębiorstwa” w Spółce. Wykonawca L. nie wyjaśnił nawet kogo konkretnie obejmuje krąg osób, który ma dostęp do tych informacji, ani w jaki konkretnie sposób

zobowiązał te osoby do zachowania poufności, ponadto nie wykazał w żaden sposób, że faktycznie poufność tą zabezpieczył za pomocą odpowiednich klauzul umownych czy zobowiązań. Tymczasem takie wykazanie powinno nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca L. nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów potwierdzających zasadność zastrzeżenia. Wykonawca L. ograniczył się wyłącznie do zdawkowych i gołosłownych twierdzeń i zapewnień składanych Zamawiającemu, mimo że okoliczności mające uzasadniać dokonane zastrzeżenie można było bez trudu wykazać przedstawiając odpowiednie dowody, np. na istnienie zobowiązań do zachowania poufności, na które powołał się wykonawca L. . Skoro tak, to zobowiązania te powinny zostać przedstawione Zamawiającemu. Tak samo wykonawca L. mógł i powinien przedstawić dowody na wszystkie pozostałe, rzekomo podjęte przez niego działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Podkreślić trzeba, że elementem konstytuującym tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania określonych informacji w poufności. Wykonawca L. podjęcia takich działań w żaden sposób nie wykazał.

wykonawca L. nie wykazał powyższych okoliczności, podkreślić trzeba jeszcze, że samo zawarcie umowy o zachowaniu poufności czy podpisanie zobowiązania o zachowaniu poufności (jeżeli w ogóle miało miejsce) nie dowodzi istnienia przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez informację zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Innymi słowy zawarcie umowy o zachowaniu poufności czy podpisanie zobowiązania o zachowaniu poufności nie kreuje jeszcze tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż trzeba wykazać istnienie wszystkich pozostałych elementów wyliczonych w art. 11 ust. 2 uznk, czego wykonawca L. w ocenie Odwoływającego nie uczynił.

Z treści przedstawionego przez wykonawcę L. uzasadnienia zastrzeżenia wynika, iż zobowiązani do zachowania poufności zastrzeżonych informacji są wyłącznie pracownicy wykonawcy L. i że to właśnie oni stanowią ww. krąg osób, który ma dostęp do zastrzeżonych informacji. Tym samym, w świetle przedstawionego przez wykonawcę L. uzasadnienia zastrzeżenia, do zachowania poufności zastrzeżonych informacji w żaden sposób nie zostali zobowiązani: - podwykonawcy wykonawcy L., których tożsamość została zresztą ujawniona w formularzu oferty, - dostawcy, kooperanci i współpracownicy wykonawcy L., a tacy niewątpliwie będą zaangażowani w realizację przedmiotowego zamówienia, gdyż ich oferty zostały załączone do wyjaśnień ceny z dnia 02 lutego 2021 r. jako Załączniki od nr 5 do nr 14 włącznie. Już tylko w świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że w rzeczywistości wykonawca L. nie podjął realnych i skutecznych działań w celu utrzymania ich w poufności, przy zachowaniu należytej staranności.

Nieporozumieniem w ocenie Odwoływającego są wywody wykonawcy L. na str. 7 jego pisma z

02 lutego 2021 r. Wykonawca L. podniósł tam, że: „Wiedza o ww. zagadnieniach powzięta przez konkurentów Spółki może mieć negatywny wpływ właśnie na ww. pozycję rynkową L., znacznie ją osłabiając i uniemożliwić Spółce udział w procedurach publicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. W skrajnych przypadkach może doprowadzić do próby podkupienia kontrahentów L.. Dla większości firm w tym dla Spółki sam fakt nawiązania współpracy handlowej stanowi tajemnicę handlową i nie podlega publicznej wiadomości, nie wspominając o warunkach finansowych takiej współpracy. Dlatego o ile dane jawnych podwykonawców wskazanych w formularzu ofertowym nie są utajniane przez L., o tyle warunki finansowe współpracy z nimi już tak.” Pomijając tutaj, że wskazanie na rzekome próby podkupienia kontrahentów L. ma charakter czysto hipotetyczny (wskazuje się jedynie na możliwość podjęcia takich prób), nie wiadomo nawet, co wykonawca L. chce chronić poprzez dokonane zastrzeżenie: czy tożsamość swoich kontrahentów i sam fakt nawiązania z nimi współpracy handlowej, czy też może warunki finansowe współpracy. W świetle okoliczności przedstawionych powyżej okazuje się, że wykonawca L. w rzeczywistości nie chroni żadnego z powyższych, skoro tożsamość swoich podwykonawców i zakres współpracy z nimi ujawnił w formularzu ofertowym, natomiast poufności warunków finansowych współpracy z kontrahentami (w tym podwykonawcami) wykonawca L. nie zabezpieczył nawet poprzez zobowiązanie ich do zachowania poufności w tym zakresie. Zatem każdy z kontrahentów wykonawcy L. może legalnie ujawnić te warunki każdemu zainteresowanemu podmiotowi.

W świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) całość dokumentów i informacji składających się na wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, bez żadnych wyłączeń ani ograniczeń. Wykonawca L., zastrzegając ww. dokumenty i informacje, nie wywiązał się bowiem z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane dokumenty i informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego w ocenie Odwoływającego zachodzą co najmniej uzasadnione podejrzenia, że zastrzeżone przez wykonawcę L. wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie było i jest bezpodstawne.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 uznk zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstw rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W

ocenie Odwołującego dokumenty i informacje zastrzeżone przez wykonawcę L. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu uznk, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie w jaskrawy sposób naruszy obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. O obowiązku odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych dokumentów i informacji przesądzą następujące względy.

Powszechną praktyką wykonawców jest zastrzeganie wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem w świetle orzecznictwa Izby w znakomitej większości wypadków brak jest jakichkolwiek podstaw do dokonywania takiego zastrzeżenia, gdyż informacje zawarte w ww. wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, względnie wykonawcy dokonując ich zastrzeżenia nie wykazali, że zastrzegane informacje to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Odwołujący podał, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał.

Zaniechanie przez Zamawiającego zweryfikowania podstaw zastrzeżenia przez wykonawcę L. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny stanowi poważne naruszenie przepisów ustawy Pzp. Jest bowiem bardzo prawdopodobne, że zastrzeżone dokumenty i informacje nie zawierają żadnych informacji, które zasługiwałyby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa, a respektowanie ich zastrzeżenia ma uniemożliwić Odwołującemu złożenie odwołania rzeczowo kwestionującego zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy L. z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny lub oferty niezgodnej z SIWZ. I tylko taki cel przyświecał wykonawcy L., gdy dokonał kwestionowanego zastrzeżenia wyjaśnień. W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę L. ww. dokumentów i informacji nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji złożonych wyjaśnień jak i samej oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Poprzez bezprawne zastrzeżenie wyjaśnień wykonawca L. chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie uczynił zadość obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący podał, że zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem Izby jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega się konkretne informacje a nie dokumenty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa z 2019 r.”). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Tym samym za niezasadne Izba uznała stanowisko Zamawiającego prezentowanego w piśmie z dnia 11 marca 2021 roku, bowiem odwołanie nie jest odwołaniem wniesionym w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, co oznacza, że zakres odwołania nie jest reglamentowany przesłankami z art. 180 ust. 2 tejże ustawy.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 11 marca 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” oraz w piśmie z dnia 12 marca 2021 roku „Pismo Pełnomocnika Zamawiającego”.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie **art. 552 ust. 1 ustawy z 2019** Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z ustaleniami poczynionymi w trakcie posiedzenia z udziałem stron oraz rozprawy z udziałem stron, jak również mając na uwadze całość dokumentacji zawartej w aktach sprawy Izba stwierdziła, że:

Odwołujący składając odwołanie znał treść pisma wykonawcy L. B. Spółka Jawna, ul. Krysztalowa 21, Rakowiska, 21-500 Biała Podlaska (dalej „L.”), z dnia 2 lutego 2021 roku, w zakresie jaki wynika z pisma Zamawiającego z dnia 16 lutego 2021 roku skierowanym do Odwołującego odnośnie informacji dotyczącej odtajnienia: Treść pkt II pisma Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r. tj. strony 3-6, Załącznik nr 1 do pisma Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r, Załączniki nr 15-19 do pisma Odpowiedz na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r” – po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności odtajnienia.

Zamawiający nie odtajnił i nie udostępni Odwołującemu Załączników do pisma „Odpowiedź na wezwanie z dnia 27 stycznia 2021 r.” od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie.

Izba ustaliła, że w udostępnionej części pisma z dnia 2 lutego 2021 roku „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r”, na stronie 8 i 9 został zawarty spis treści załączników do pisma:

- załącznik nr 2a, b, c – *Wyciągi z umów o pracę personelu L. (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 3 - *Oferta podwykonawcy „EKOSERWIS BP” spółka z o.o. (tajemnica przedsiębiorstwa L. z wyłączeniem nazwy podwykonawcy),*
- załącznik nr 4 - *Oferta podwykonawcy „Mar-Max M. P.” spółka z o.o. (tajemnica przedsiębiorstwa L. z wyłączeniem nazwy podwykonawcy),*
- załącznik nr 5 - *Oferta dostawcy pomp ciepła, zasobników buforowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 6 - *Oferta dostawcy sąd geotermalnych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 7 - *Oferta dostawcy studni rozdzielaczowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 8 - *Oferta dostawcy naczyń przeponowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 9 - *Oferta dostawcy grzejników (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 10a, b - *Oferta dostawcy pomp obiegowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 11 - *Oferta dostawcy rurociągów stalowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 12 - *Oferta dostawcy zaworów grzejnikowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 13 - *Oferta dostawcy stacji uzdatniania (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*
- załącznik nr 14 - *Oferta dostawcy armatury drobnej, rurociągów stalowych (tajemnica przedsiębiorstwa L.),*

Zamawiający na podstawie własnej decyzji odtajnił:

- Załącznik nr 1 – Szczegółową kalkulację ceny oferty L.,
- Załącznik 15 – 19 – Referencje

oraz treść pisma Treść pkt II pisma z dnia 2 lutego 2021 roku „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r.”

Izba ustaliła w tym miejscu, że pkt II pisma z dnia 2 lutego 2021 roku „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r.” był zatytułowany – Wyjaśnienia elementów cenotwórczych.

Natomiast pkt III ww. Pisma z dnia 2 lutego 2021 roku – „Uzasadnienie objęcia pkt II pisma klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Dokumenty odtajnione były znane Odwołującemu w dniu rozprawy, co też potwierdził w trakcie rozprawy. Odwołujący podtrzymał i uszczegółowił wniosek z odwołania o odtajnienie: *wnosi o odtajnienie załączników nr 2a,b,c-14 do pisma z dnia 2.02.2021r*

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.J, zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) dokumentów i informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę L., tj. części dokumentów i informacji stanowiących wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny z dnia 02 lutego 2021 r., złożonych Zamawiającemu 03 lutego 2021 r., pomimo że wykonawca L. nie wykazał, iż te dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również pomimo że te dokumenty i informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba na wstępie wskazuje, że Odwołujący w podnoszonej argumentacji w uzasadnieniu odwołania tak szeroko przytacza i cytuje wyroki Izby sądów ale pomija kwestię nazw załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie do pisma z dnia 2 lutego 2021 „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r. złożonego przez L. . Argumentacja Odwołującego w ciągu wyводу zawartego odwołaniu, która winna być zbudowana w odniesieniu do okoliczności jakie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa czyli umowy o prace, a także oferty podwykonawców i oferty wykonawców powinna w swojej argumentacji odnosić się do tych okoliczności tzn. Odwołujący winien był wykazać, dlaczego w jego ocenie dokumenty te nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz dlaczego argumentacja zawarta w uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w pkt III pisma z dnia 2 lutego 2021 roku nie stanowi w tym zakresie stosowanej argumentacji.

W odniesieniu do argumentacji Odwołującego zawartej w uzasadnieniu Izba stwierdziła, że Odwołujący cytując w bardzo obszernym fragmencie stanowisko Zamawiającego zgadza się z Zamawiającym co do odtajnienia fragmentów pisma z 2 lutego 2021 roku i załączników 1 oraz 15-19. Poza tym Odwołujący jedynie stwierdza, że zastrzeżenie załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie, w świetle ustaleń samodzielnych Zamawiającego nie powinno być respektowane. W zasadzie w ocenie Izby Odwołujący nie przedstawia w tym punkcie żadnej

argumentacji faktycznej, odnoszenie się do innych pism w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nadawanie im jakiegos, bliżej niezidentyfikowanego znaczenie nie może mieć żadnego znaczenia dla oceny podniesionego zarzutu. Izba podkreśla, że dokonując oceny zarzutów odwołania nie ocenia czynności dokonanych przez Zamawiającego, które nie są kwestionowane tj. odtajnienia fragmentów pisma z 2 lutego 2021 roku i załączników 1 oraz 15-19. Natomiast odniesienie jakiego dokonał Odwołujący tj. takiego zero-jedynkowego przeniesienie argumentacji Zamawiającego dotyczącej zupełnie innych elementów wyjaśnień z dnia 2 lutego 2021 roku, które Zamawiający zamierzał odtajnić – tj. treści pisma „Wyjaśnienia elementów cenotwórczych” załącznik nr 1, „Szczegółowej kalkulacji ceny oferty L.” nie uzasadnia stanowiska Odwołującego. Izba dostrzegła, że Odwołujący w ogóle pomija treści odnoszące się czy to do nazw poszczególnych załączników czy też fakt, że w piśmie zwarte są informacje dotyczące wyjaśnienia elementów cenotwórczych – tym samym sam zakres załącznika nr 1 i pisma i argumentacja Zamawiającego nie pokrywają się z rodzajem dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa w kwestionowanych załącznikach, a to powoduje, że nie można w prosty sposób przenieść argumentacji Zamawiającego zawartej w piśmie z 16 lutego 2021 jako argumentacji uzasadniającej konieczność odtajnienia umów o pracę, ofert podwykonawców i dostawców.

W punkcie 2 uzasadnienia odwołania faktycznie brak jest jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do przedmiotowej sprawy odwoławczej. Za uzasadnienie stanowiska Odwołującego nie można uznać cytowania orzeczeń Izby i budowania w oparciu o nie też powszechnie wiadomych.

W uzasadnieniach odwołania Odwołujący skupia swoją uwagę na zastrzeżeniu przez L. *uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa*. Po pierwsze wynika z tego, że ponownie odwołujący odnosi się globalnie do pisma z dnia 2 lutego 2021 roku; po drugie Izba dostrzegła, że „Szczegółowa kalkulacja ceny oferty L.” stanowiła załącznik nr 1 do pisma i została Odwołującemu udostępniona. Kalkulacja ta zawiera ofertową wycenę elementów, które – zgodnie z określonym w wykazaniu załączników, do którego w ogóle nie odniósł się Odwołujący, a których objęcie tajemnicą kwestionuje – zostały zawarte w ofertach wykonawców i dostawców. Załącznik nr 1 zawiera również wartość robocizny pracowników z ilością roboczogodzin.

Odnosząc się w zasadzie globalnie do pisma z dnia 2 lutego 2021 roku, a nie odnosząc się do szczególnego rodzaju załączników – np. umowy o pracę. Odwołujący nie wskazuje co w jego ocenie powinno być zawarte w takich wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa i w tym kontekście dlaczego zastrzeżenie dokonane przez L. jest nieprawidłowe i nie może być uznane za dające podstawę utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Łatwo jest powiedzieć, że dana czynność nie została wykonana należycie, ale dlaczego i jak powinna być to już wymaga nie tylko odtwarzania i cytowania orzeczeń Izby ale argumentacji faktycznej, która podda się ocenie.

Wymaga w ocenie Izby odnotowania w tym miejscu, że art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) – *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* – nie precyzuje jakie konkretnie działania musiał podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Dlatego tak ważne na etapie budowania argumentacji odwołania jest wykazanie, że dane działanie wykonawcy nie może być pozytywnie ocenione bowiem dla jego prawidłowości wymagane jest zaistnienie w takich okolicznościach określonej argumentacji itp.. Odwołujący nie przedstawia takiej argumentacji i nawet pomijając fakt, że nie odnosi się do wskazanych we wnioskach załączników a całości pisma z 2 lutego 2021 roku, to brak jest takiego stanowiska, które dałoby się poddać ocenie i stwierdzić, że faktycznie wykazał, że pewne elementy są niezbędne i powinny być zawarte w takim zastrzeżeniu, aby mogło być skuteczne. Jednocześnie powinien stwierdzić, że ich nie ma.

W dalszej części odwołania Odwołujący cytując fragmenty zastrzeżenia L. nadal odnosi się do „zastrzeżonych wyjaśnień cen” oraz „wyliczenia cen” – taka argumentacja w żaden sposób nie jest spójna z chociażby przypuszczalną treścią załączników jakich żąda odtajnienia. Uzasadnienie odnosi się w swojej treści także do wskazywanego przez L. zysku – ale ponownie to nie ten element pisma i załączników zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa był kwestionowany przez Odwołującego.

Jednocześnie, co bardzo istotne Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie podniósł, że te zastrzeżenia nie odnoszą się, czy nie obejmują tych załączników. Oznacza to w ocenie Izby, że argumentacja Odwołującego poza drobnymi miejscami, w których przytacza nr załączników (w zasadzie na wstępie odwołania) w odniesieniu do przesłanek zastrzeżenia tajemnicy pomija w ogóle argumentację odnoszącą się od załączników, które stanowią bardzo charakterystyczne dokumenty. Odwołujący nie podnosi np. dlaczego jawną ma być umowa o pracę, albo oferta dostawcy.

Zamawiający zidentyfikował problem i właściwie podjął działania w zakresie odtajnienia części dokumentów złożonych w piśmie i przy piśmie z dnia 2 lutego 2021 roku – poddał je analizie i przedstawił swoją argumentację w odniesieniu do tych dokumentów. Jednocześnie Zamawiający dokonał oceny załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie do pisma z dnia 2 lutego 2021 „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r. i uznała, że zostały wykazane przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) oraz, że swoim stanowiskiem zawartym w piśmie z dnia 2 lutego 2021 roku L. udźwignął obowiązek zastrzeżenia. W ocenie Izby przedstawione zastrzeżenia odbiegają od ideału jakiego chciałoby się oczekiwać od podmiotów profesjonalnych, ale wymaga też odnotowania, że ideału takich zastrzeżeń nie ma. Działania wykonawcy zmierzające do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały zweryfikowane przez Zamawiającego.

Odwołujący dalej stwierdza zasadność działania Zamawiającego (oczywiście w zakresie nieobjętym wnioskiem, czyli co do odtajnionych dokumentów). Odwołujący nie wskazał choćby na czym miałyby polegać podawana przez niego wartość gospodarcza, której to nie podał i nie wyjaśnił L. . Samo stwierdzenie, że L. czegoś nie podał, zacytowanie stanowiska Zamawiającego z pisma z 16 lutego br. oraz wyroku Izby nie stanowi żadnego uzasadnienia. Do tego odnośnie się w argumentacji niezmiennie do kalkulacji ceny, która została odtajniona.

W zakresie argumentacji uzasadnienia zarzutów dowołania Izba wskazuje, w odniesieniu do przesłanki poufności, która w ocenie Odwołującego nie została wykazana nawet w minimalnym stopniu, że art. 11 ust. 2 ustawy nie określa jakie to czynności muszą być podjęte w celu skutecznej ochrony takiej poufności określonych informacji, aby można było je uznać za poufne. W tym zakresie w ocenie Izby Odwołujący nie wskazał, że wykonawca musi przedstawiać jakiegokolwiek dowody. Wykonawca złożył oświadczenie, które ma określone znaczenie i nie może być pomijane czy też dyskredytowane. Nie wykazał Odwołujący, że czynności do jakich odwoływał się Odwołujący muszą być czynnościami jakie mają mające odzwierciedlenie w jakiś dokumentach, zostały gdzieś skodyfikowane. Z żadnych regulacji nie wynika, że krąg osób, który ma dostęp do informacji ma zostać wskazany, jak również nie wynika, że ma posiadać wykonawca jakiegokolwiek dowody na to, że zobowiązał te osoby do zachowania poufności. To samo dotyczy każdego innego podmiotu, z którym współpracuje dany wykonawca.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że Odwołujący na dzień składania odwołania dokładnie wiedział, a co ważniejsze i liczył się z tym, że część pisma i załączników będzie

odtajniona z decyzji Zamawiającego, ponieważ w odwołaniu złożył jedynie wniosek o odtajnienie tylko załączników od nr 2a, b, c do nr 14 włącznie do pisma z dnia 2 lutego 2021 „Odpowiedz na wezwanie z dnia 27stycznia 2021 r. W tym zakresie powinien budować argumentację swojego odwołania, ponieważ każdy z tych dokumentów jaki został złożony za pismem z dnia 2 lutego 2021 roku, w kontekście argumentacji z tego pisma z punktu III podlega odrębnej ocenie, tym bardziej, że Zamawiający takiej dokonał właśnie tych wnioskowanych załączników nie odtajnając. Dopiero w podsumowaniu Odwołujący mówi o „całość dokumentów⁴) i informacji składających się na wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny”, natomiast brak było w odwołaniu argumentacji, która pozwoliłaby na ocenę zводną z żądaniem w odniesieniu do tych wnioskowanych załączników.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: