

WYROK

z dnia 1 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPMG Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i KPMG Usługi Księgowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Obrony Narodowej w Warszawie**, w imieniu i na rzecz którego działa **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Trogon BC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie** oraz wykonawcy **Login Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPMG Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i KPMG Usługi Księgowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **KPMG Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i KPMG Usługi Księgowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Ministerstwo Obrony Narodowej w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Usługi zarządzania i wsparcia (Inżyniera Kontraktu) w ramach realizacji projektu pn. Budowa ogólnopolskiej platformy wysokiej jakości i dostępności e-usług publicznych w podmiotach leczniczych utworzonych i nadzorowanych przez MON – Nr sprawy 2612.9.2022.Zdr”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/S 145-414162 z dnia 29 lipca 2022 r.

W dniu 20 stycznia 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KPMG Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie i KPMG Usługi Księgowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: "uznk", poprzez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego i podjęcie nieuzasadnionej decyzji o odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach elementów ceny oferty z dnia 9 grudnia 2022 r. w zakresie zastrzeżonym (tj. treści wyjaśnień wskazanych oznaczeniami „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” – „KONIEC TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA” oraz załączników nr 5, 6, 7, 8, 9 oraz 10 do tych wyjaśnień);

2) art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości prowadzonego postępowania wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Odwołującego w odniesieniu do informacji wskazanych w ppkt 1) powyżej oraz wobec częściowo

nieprzedstawienia i częściowo nieprecyzyjnego przedstawienia podstaw faktycznych odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w tym pominięcia przedstawianych przez Odwołującego dowodów do uzasadnienia tajemnicy.

Odwołujący przed Izbą podtrzymał odwołanie w zakresie fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 9 grudnia 2022 oraz załącznika nr 5. Podkreślał, że dopiero na etapie odpowiedzi na odwołanie Zamawiający dokonał konkretyzacji przyczyn, dla których uznał w uzasadnieniu zastrzeżenie tajemnicy oraz dowodów za niewystarczające czy niewykazane bądź nieudowodnione. Na tym etapie jest to zdaniem Odwołującego zbyt późno, ponieważ pozbawia to go prawa do ochrony za pomocą odpowiednich środków. Dlatego wnosił o pominięcie argumentacji z odpowiedzi na odwołanie w tym zakresie w jakim nie znalazła się w piśmie z 10 stycznia 2023.

Niezależnie od powyższego zdaniem Odwołującego nadal stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne, w tym z argumentacją z pisma z 10 stycznia 2023 r. I tak Zamawiający wskazując na „Polityki” wdrożone u niego – że pierwsze strony nie stanowią dowodu na podejmowanie działań, tymczasem w piśmie z 10 stycznia 2023 r. wskazuje, że gdyby podano przynajmniej dokumenty z tytułu to uprawdopodobniałyby to, że te dokumenty istnieją. Powyższe powoduje, że Odwołujący dalej nie wie, dlaczego Zamawiający odmówił określonym informacjom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa i jakie dokumenty uznałby za wystarczające. Odwołujący stwierdzał, że wnioskowanie Zamawiającego o przedstawieniu dowodów na każdy etap postępowania zmierzającego do zachowania tajemnicy określonych informacji jest zbyt daleko idąca. Powinno jego zdaniem być wystarczające wiarygodne stwierdzenie, że określone działania zostały podjęte.

Odnosnie wartości gospodarczej – Zamawiający nie trafnie zdaniem Odwołującego przywoływał argument, że Odwołujący powinien przedstawić dowód, że określona wartość rzeczywiście posiada cechy wartości gospodarczej, natomiast brak takich wskazówek w orzecznictwie KIO i sądów.

Odnosnie załącznika nr 5 do wyjaśnień, to zdaniem Odwołującego, Zamawiający wbrew przepisom Prawa zamówień publicznych oczekuje, że to podwykonawca udowodni fakt, iż informacje te są dla niego kluczowe i mają wartość gospodarczą. To wykonawca jest zobowiązany do wykazania tej okoliczności i Odwołujący twierdził, że sprostą temu w wyjaśnieniach.

Reasumując, Odwołujący twierdził, że w samej informacji o odtajnieniu dokumentów i wyjaśnieniach brak skonkretyzowanych przyczyn, dla których Zamawiający podejmuje taką decyzję o odtajnieniu podwykonawcy.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 10 stycznia 2023 r. dotyczącej odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczał, że był konsekwentny w ocenie wyjaśnień wraz z uzasadnieniem i dowodów. Jego zdaniem wykonawca nie udowodnił zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważał, że Odwołujący jeszcze przed zapoznaniem się z odpowiedzią na odwołanie odtajnił załączniki od 6 -10. Podtrzymywał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załączonym dowodem nie przekonały go do tego, że podjęto skuteczne działania w celu zachowania poufności informacji. Podkreślał wielokrotnie, że w wyjaśnieniach i uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego nie odwoływał się on do dokumentów załączonych jako dowód – to potwierdza, że uzasadnienie to jest szablonowe i pasuje do każdego postępowania.

Odnośnie wartości gospodarczej – to Zamawiający wskazywał, że w piśmie Odwołującego żadnych informacji na ten temat nie ma, informacje są tylko ogólnikowe. Dotyczy to również załącznika nr 5 – w wyjaśnieniach nie wykazano, że jest to tajemnica przedsiębiorstwa i jaką ma wartość gospodarczą (ile Odwołujący zyska albo ile straci wobec ujawnienia tej informacji). Ponadto zwracał uwagę na konstrukcje wyjaśnień wraz z uzasadnieniem: tajemnicą objęte są fragmenty wyjaśnień, w których brak odniesienia wprost do załączników, potwierdza to jego zdaniem szablonowość zarówno samych wyjaśnień, jak i uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tak samo odnośnie załącznika nr 5 nie ma wyjaśnienia, dlaczego ma on stanowić tajemnica przedsiębiorstwa. Reasumując, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania zasadności zachowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego skutecznie zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego: wykonawca Trogon BC spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie oraz wykonawca Login Plus spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W dniu 9 grudnia 2022r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył pismo zawierające wyjaśnienia w zakresie elementów ceny oferty, częściowo obejmując treść tych wyjaśnień zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przedkładając uzasadnienie zastrzeżenia wraz z dowodami do uzasadnienia (załączniki nr 6 – 10, o których oświadczył, że stanowią informacje poufne Odwołującego).

W części wyjaśnień, zaznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący m. in. podawał:

– „chciałby też podkreślić, że na etapie przygotowywania oferty przewidział wykorzystanie zasad zarządzania projektami, dostosowanych do specyfiki realizowanego Projektu. W szczególności podczas realizacji Wsparcia w zarządzaniu projektami oraz nadzorowaniu prawidłowości wdrożenia eUsług publicznych w podmiotach leczniczych planujemy wykorzystanie następujących dedykowanych i sprawdzonych procedur oraz szablonów do obsługi elementów Projektu”;

– „Przechodząc do kalkulacji kosztów Wykonawca wskazuje, że decydujący wpływ na cenę oferty mają koszty osobowe, tj. wynagrodzenia osób mających wykonać przedmiot Zamówienia. Wykonawca, kalkulując cenę w przedmiotowym postępowaniu, wziął pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób przewidzianych do jego realizacji, które ze

względu na specyfikę tych kosztów mogą być znacząco różne dla poszczególnych Wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w sposób jednoznaczny «usystematyzować» i poddać analizie porównawczej – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. W szczególności należy wziąć pod uwagę model zatrudnienia stosowany przez Wykonawcę, uwzględniający długofalową współpracę z ekspertami i Podwykonawcą, pozwalającą na zatrudnianie zespołu w oparciu o konkurencyjne rynkowo stawki.

Poniższa kalkulacja stawek przedstawiona przez Wykonawcę została ustalona w oparciu o koszty pracy, których wartość jest wyższa 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.”;

– „W uśrednionej cenie za roboczodzień uwzględnione zostały koszty płacy ekspertów Wykonawcy stanowiące podstawowy składnik kosztowy zamówienia wraz z kosztami płacowymi pracodawcy, jak również pozostałe koszty Wykonawcy, tj. m. in.: koszty ogólne prowadzenia działalności (np.: koszty telefonów, koszty wyposażenia stanowisk pracy, koszty materiałów, utrzymanie biura, koszty zarządu), koszty wniesienia i utrzymywania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, delegacje oraz benefity. Uśredniona cena za roboczo dzień uwzględnia także maksymalną stawkę za roboczodzień Podwykonawcy. Dodatkowo w kalkulacji ceny ofertowej ujęto odrębnie wyszacowaną marżę oraz rezerwę na ryzyko. W ramach pozycji „Ryzyko” Wykonawca, ostrożnościowo przewidział środki, które będą wykorzystywane w razie wystąpienia nieprzewidzianych okoliczności (np. problemy w obszarze nadzorowanych przez Wykonawcę dostaw infrastruktury, kilkukrotne sprawdzenia standardów WCAG, nieprzewidziana kumulacja prac, konieczność korelacji prac z wynikami prac Wykonawcy wyłonionego do realizacji zamówienia: „Budowa i wdrożenie systemów dziedzinowych oraz platformy centralnej wraz z infrastrukturą”).”;

– „można zauważyć stabilizację w obszarze wynagrodzeń rynku IT. W związku z tym, Wykonawca nie przewiduje znaczącego ryzyka wzrostu wynagrodzeń (presji płacowej) członków zespołu w okresie realizacji zamówienia. Niezależnie od tego została przewidziana rezerwa na ryzyko, która dostatecznie zabezpiecza rentowność wykonania zamówienia.”;

– „Wskazujemy także, że konkurencyjna wysokość ceny oferty wynika ze szczególnie korzystnej sytuacji biznesowej Wykonawcy, który już dziś dysponuje wysokim potencjałem technicznym, gotowymi rozwiązaniami oraz know-how, które może implementować w trakcie realizacji Zamówienia. Umożliwia to automatyzację części prac, co wpływa na obniżenie średniego kosztu roboczodnia, gdyż pozwala to na skorzystanie z wiedzy już nabytej przez

członków Zespołu Wykonawcy. Jest to możliwe szczególnie w przypadku obszaru dotyczącego raportowania cyklicznego oraz przygotowania raportów z realizacji projektu.

Wykonawca przygotował ofertę opierając się na starannej kalkulacji kosztów obejmujących całość prac składających się na zakres Zamówienia. W rezultacie Wykonawca zagwarantował sobie uzyskanie satysfakcjonującej marży”.

Uzasadniając zachowanie powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący przywoływał przepisy prawa, orzecznictwo sądowe i orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Powoływał się również na wprowadzone przez siebie polityki i klauzule o poufności, zawarte m.in. w ofercie podwykonawcy.

W dniu 10 stycznia 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o odtajnieniu informacji zastrzeżonych, tj. wyjaśnień elementów ceny oferty oraz załączników nr od 5 do 10. Przedmiotowe załączniki stanowiły: 5. Oferta Podwykonawcy, 6. Polityki KPMG, 7. Certyfikat KPMG, 8. Szkolenie z pierwszego dnia pracy dla nowych pracowników KPMG (wyciąg), 9. Wzór umowy o pracę (wyciąg), 10. Umowa o zakazie konkurencji (wyciąg).

Uzasadniając swoją decyzję w przedmiotowym zakresie Zamawiający powoływał następujące argumenty:

„(...) Wykonawca opisał w uzasadnieniu zastrzeżenia, że podejmuje szereg działań celem zachowania poufności pewnego zbioru danych. Jako przykłady podał wdrożenie polityki bezpieczeństwa, podpisywanie przez pracowników umów o poufności, procedury zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów czy stosowanie „wszelkich niezbędnych rozwiązań technicznych”. Żadne jednak, nawet przykładowe i zanonimizowane dokumenty potwierdzające określony sposób działania nie zostały Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniem przedstawione. Zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej, jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa – w sposób pozwalający na uznanie, że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Takich informacji nie odnaleziono w uzasadnieniu zastrzeżenia złożonym przez Wykonawcę.

Wykonawcy podejmując się zastrzeżenia określonych dokumentów w całości czy części (co też powinni wykazać i uzasadnić) tajemnicą przedsiębiorstwa powinni dowieść (wykazać), że w tym celu podjęli działania polegające na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, takich jak np.: wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa czy też sposobu przechowywania dokumentów.”

(...) „Wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że podjął, jak stanowi art 11 ust. 4 UZNK niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych. Działania niezbędne, to działania skuteczne, w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymują swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny. Ten element uzasadnienia zastrzeżenia Wykonawca sprowadziła do oświadczeń, że posiada wewnętrzne regulacje oraz postanowienia w umowach, które w jak najszerszym zakresie mają zapobiec ujawnianiu informacji.”

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie. Następnie na posiedzeniu oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie nieprawidłowego odtajnienia załączników od 6 do 10 do wyjaśnień i uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na pytanie Izby, czy Zamawiający odtajniał informacje zawarte w ofercie Odwołującego, między innymi dotyczące podwykonawcy z załącznika nr 5, Zamawiający w odpowiedzi oświadczył, że prowadzi wewnętrzne postępowanie wyjaśniające w tym zakresie i do tej pory nie podjął żadnej decyzji w ślad za tej czynności. W odpowiedzi na odwołanie ujawnił nazwę podwykonawcy.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 18 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest, co do zasady, jawne, jednak zgodnie z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Aby rozstrzygnąć odwołanie, Izba musiała odpowiedzieć na pytanie, czy informacje, które zostały zaznaczone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 9 grudnia 2022 r. oraz załącznik nr 5 do tego pisma (tj. oferta podwykonawcy; co do pozostałych załączników od 6 do 10 Odwołujący wycofał zastrzeżenie poufności) posiadają cechy, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a więc czy zasługują na ochronę, przewidzianą przez art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Na tak sformułowane pytanie skład orzekający odpowiedział przecząco.

W ocenie Izby, informacje zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie posiadają żadnej z cech, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie zasługują na ochronę, która pozwalałaby na wyłom od zasady jawności postępowania.

Zacytowane wyżej fragmenty pisma Odwołującego z dnia 9 grudnia 2022 r. nie wskazują na żadne elementy wyjątkowości, nie są informacjami technicznymi ani technologicznymi. Są to stwierdzenia ogólne, notoryjnie znane, oparte na standardowych założeniach. Nie wynika z nich, że są to informacje 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. Odwołujący powołuje się co prawda na „know-how”, jednak nie precyzuje, na czym ono polega i co właściwie miałyby podlegać ochronie. Żadnej skonkretyzowanej wartości gospodarczej Odwołujący w żaden sposób do swoich wypowiedzi nie przypisał. Nie ma podstaw, aby kwestionować, że Odwołujący podjął jakieś próby zachowania jakichś informacji w poufności (potwierdzają to strony tytułowe procedur, umów i szkoleń, prezentowane w załącznikach od 6 do 10; jednak

jak sam Odwołujący w spisie treści podaje, są to jedynie wyciągi; uprawdopodobniają one, że jakieś procedury zostały podjęte). Jednak nie sposób wywieść, jakie konkretnie informacje mają taki (poufny) charakter, że zasługują na szczególną ochronę i wymagają zachowania ich w tajemnicy (dotyczy to również częściowo ujawnionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołania załącznika nr 5 – oferty podwykonawcy). Być może niektóre z informacji mogą faktycznie mieć taki charakter (przykładowo, przyjęte przez Odwołującego wynagrodzenie pracowników, wynagrodzenie podwykonawcy czy wysokość marży), jednak Odwołujący w żadnym miejscu nie uzasadnił, dlaczego miałyby one zasługiwać na ochronę. Jego stwierdzenia są ogólne i gołosłowne – a tym samym Odwołujący ryzykuje, że wśród danego zbioru oświadczeń mogą rzeczywiście znaleźć się informacje o charakterze poufnym, które zostaną ujawnione w ramach odtajnienia całego pliku informacji.

Oświadczenia Odwołującego w piśmie z dnia 9 grudnia 2022 r., oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa, są po pierwsze ogólne, po drugie nie są w żaden sposób skorelowane z załącznikami (w treści oświadczeń/informacji, Odwołujący nie powołuje się na konkretne załączniki jako dowody). Nie jest rolą Zamawiającego ani Izby samodzielne poszukiwanie wśród różnych oświadczeń czy informacji fragmentów (konkretnych informacji), które mają być objęte ochroną.

Aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, należy, oprócz oznaczenia danych objętych ochroną, przedłożyć przekonujące uzasadnienie. Obowiązki temu w ocenie Izby Odwołujący nie sprostął. Brak jakichkolwiek argumentów, które mogłyby przemawiać za objęciem danych informacji szczególną ochroną. Izba w tym zakresie w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący zarzucał decyzji Zamawiającego, oprócz wadliwości merytorycznej, wadliwość formalną, polegającą na braku adekwatnego uzasadnienia decyzji o odtajnieniu, w czym Odwołujący upatrywał naruszenie art. 16 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby i w tym aspekcie Odwołujący nie ma racji, ponieważ uzasadnienie sporządzone przez Zamawiającego jest skorelowane z twierdzeniami Odwołującego zawartymi w piśmie z dnia 9 grudnia 2022 r. nie można twierdzić, że uzasadnienie to było w jakikolwiek sposób niewystarczające, skoro Odwołujący był w stanie podjąć z nim polemikę w odwołaniu.

W konsekwencji nie stwierdzono podnoszonych przez Odwołującego w odwołaniu naruszeń – ani naruszenia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ani naruszenia art. 16 Prawa zamówień publicznych.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: