

Krapkowice, dnia 25 listopada 2024 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a (Adgar Plaza)

02-676 Warszawa

ODWOŁUJĄCY: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimku, ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek, NIP: 7541956021, REGON: 53232424191, tel./fax: 77 410 20 12, e- mail: zuhm@onet.pl

zastępowany przez r.pr. Waldemara Gumiennego z Kancelarii GUMIENNY.eu, ul. Basztowa 8/9, 47-300 Krapkowice, tel.: 537 998 540, e-mail: sekretariat@gumienny.eu

ZAMAWIAJĄCY: Stawy Milickie Spółka Akcyjna z siedzibą w Rudzie Sułowskiej, Ruda Sułowska 20, 56-300 Milicz, NIP: 9161388540, REGON: 021461756, KRS: 0000378062, e-mail: biuro@stawymilickie.pl.

OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni”

NUMER OGŁOSZENIA BZP: 2024/BZP 00556004/01 z dnia 2024-10-21

Działając w imieniu Odwołującego (pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu), na podstawie art. 513 i nast. Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 – zwanej dalej: PZP), niniejszym wnoszę:

ODWOŁANIE

wobec następujących zaniechań Zamawiającego dla poszczególnych części zamówienia:

- a) Zadanie nr 1 – Formowanie i remont grobli na stawie Jamnik Nowy:
 - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny,
- b) Zadanie nr 2 – Formowanie i remont grobli na stawie Mewi Duży:
 - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny,
- c) Zadanie nr 3 – Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki-Jamnik Dolny:
 - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny.

ZWIĘZŁE PRZEDSTAWIENIE ZARZUTÓW:

Zamawiający naruszył następujące przepisy - art. 74 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 PZP i art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. - o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233, zwanej dalej: UZNK) poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. – dla każdego z Zadań 1, 2 oraz 3 - w zakresie ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

WNIOSEK (ŻADANIE) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

Odwołujący wnosi o uwzględnienie Odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 1, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 2, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. nakazanie Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 3, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
4. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

WYKAZANIE INTERESU WE WNIESIENIU ODWOŁANIA

Stosownie do art. 505 ust. 1 PZP, art. 513 pkt 1 PZP, Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia na zadanie nr 1 - Formowanie i remont grobli na stawie Jamnik Nowy, zadanie nr 2 - Formowanie i remont grobli na stawie Mewi Duży i zadanie nr 3 - Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki-Jamnik Dolny oraz na chwilę obecną ponosi realną szkodę (utrata możliwości zarobku - spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówień stanowiących zadanie nr 1, zadanie nr 2 i zadanie nr 3 wchodzących w skład zamówienia publicznego pn. *Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000 nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni*) wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego.

Oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów. Zamawiający - wbrew ciężącemu na nim zobowiązaniu - nie odtajnił i nie udostępnił Odwołującemu istotnych informacji zawartych w utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (części III) złożonych przez Melbud S.A. odpowiednio dla zadania nr 1,

zadania nr 2 i zadania nr 3, co uniemożliwia Odwołującemu weryfikację istotnej części dokumentacji każdej z trzech części (zadań) postępowania, których treść może mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia każdego z zadań przedmiotowego postępowania, z uwagi choćby na możliwość skutecznego zakwestionowania złożonych wyjaśnień i udowodnienia, że oferta Melbud S.A. dla każdej z tych części powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny. Tym samym Odwołujący może utracić zatem potencjalne korzyści związane z realizacją zadania nr 1, zadania nr 2 i zadania nr 3 przedmiotowego zamówienia.

O zaniechaniach Zamawiającego zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu odpowiednio dla zadania nr 1, zadania nr 2 i zadania nr 3 Odwołujący dowiedział się z dniem przesłania przez Zamawiającego korespondencji z Melbud S.A., tj. 18 listopada 2024 r. Zatem, termin 5-dniowy na wniesienie niniejszego odwołania upływa dnia 25 listopada 2024 r. (23 listopada wypadł bowiem w sobotę).

WSKAZANIE OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNYCH I PRAWNYCH ODWOŁANIA ORAZ WSKAZANIE DOWODÓW NA ICH POPARCIE:

Wobec przesłanki zwięzłości argumentacji wynikającej z treści PZP, z uwagi na tożsamość zarzutów dla zaniechania da każdej z trzech części zamówienia, tj. Zadania nr 1, Zadania nr 2 i Zadanie nr 3), których dotyczy przedmiotowe odwołanie, poniżej przedstawiam wspólną argumentację dla każdego z tychże zadań.

I. Zarys stanu faktycznego

1. Zamawiający Stawy Milickie S.A. z siedzibą w Rudzie Sułowskiej (zwany dalej: Zamawiającym) prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu podstawowego, bez przeprowadzenia negocjacji, pn. *Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni”* (znak postępowania: PN-09/2024), podzielone na części:
 - 1) Zadanie nr 1 – Formowanie i remont grobli na stawie Jamnik Nowy,
 - 2) Zadanie nr 2 – Formowanie i remont grobli na stawie Mewi Duży,

- 3) Zadanie nr 3 – Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki-Jamnik Dolny,
 - 4) Zadanie nr 4 – Modernizacja przepompowni.
2. Odwołujący złożył ofertę dla Zadań nr 1, 2 i 3 oraz dołączył do swoich ofert dokumenty wymagane zgodnie z wyjaśnieniami SWZ nr 3 dla każdego z zadań. W analogiczny sposób według tego postąpił również Melbud S.A.
- Dowód:** *Oferta Odwołującego z dnia 04 listopada 2024 r. wraz z załącznikami – w aktach postępowania.*
Oferta Melbud S.A. – w aktach postępowania
3. Pismami z dnia 05 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał Melbud S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty odpowiednio dla Zadania nr 1, 2 i 3.
- Dowód:** *Pisma z dnia 05 listopada 2024 r. x3 – w aktach postępowania.*
5. Pismami z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-212/2024; EB-213/2024; EB-214/2024) Melbud S.A. złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, zastrzegając w każdym z nich, jako tajemnicę przedsiębiorstwa część III przedmiotowych wyjaśnień wraz z załącznikami.
- Dowód:** *Pismo z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-212/2024) – w aktach postępowania; Pismo z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-213/2024) – w aktach postępowania; Pismo z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-214/2024) – w aktach postępowania.*
6. W toku prowadzonego postępowania poprzez Platformę Zakupową Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania dla zadania 4, ogłoszeniu o wyniku postępowania, czy odwołaniu złożonym przez Melbud S.A. oraz Odwołującego, a następnie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpieniu do ponownej czynności oceny ofert.

Dowód: *Informacja o unieważnieniu postępowania da zadania 4 z dnia 05 listopada 2024 r. – w aktach postępowania; Ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 12 listopada 2024 r. – w aktach sprawy; Odwołanie Zakładu Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z dnia 15 listopada 2024 r. – w aktach postępowania; Odwołanie Melbud S.A. z dnia 18 listopada 2024 r. – w aktach sprawy; Zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienia do ponownej czynności oceny oferty z dnia 19 listopada 2024 r. – w aktach sprawy.*

7. Jednocześnie za pośrednictwem w/w platformy Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 18 listopada 2024 r. korespondencję z poczynioną z pozostałymi wykonawcami, w tym przekazując wyjaśnienia Melbud S.A. dla każdego z zadań 1-3, w przedmiocie ceny, z zastrzeżeniem, jako tajemnica przedsiębiorstwa część III przedmiotowych wyjaśnień wraz z załącznikami oraz odmawiając w związku z tym ujawnienia pełnej treści wyjaśnień wraz z załącznikami złożonych przez Melbud S.A. dla każdego z Zadań 1, 2 oraz 3.

II. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 PZP oraz art. 16 pkt 1 i 2 PZP i art. 18 ust. 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK

8. Wobec ugruntowanego orzecznictwa Izby¹, Sądu Zamówień Publicznych² oraz Trybunału Sprawiedliwości UE³, oczywistym jest, że zasada jawności postępowania wynikająca z art. 18 ust. 1 PZP jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z której wynika także zasada jawności protokołu postępowania (art. 74 ust. 1 PZP) oraz jego załączników (art. 74 ust. 2 PZP). Jak trafnie wskazała Izba w wyroku z dnia 07 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 808/23), „*Nie ulega wątpliwości, że*

¹ Por. np. wyrok z 14.04.2023 r. KIO 841/23, wyrok z 7.04.2023 r. KIO 808/23, wyrok z 4.04.2023 r. KIO 783/23, wyrok z 31.03.2023 r. KIO 708/23, wyrok z 31.03.2023 r. KIO 701/23, wyrok z 27.03.2023 r. KIO 674/23, wyrok z 24.03.2023 r. KIO 679/23, wyrok z 21.03.2023 r. KIO 649/23.

² Por. np. wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21, wyrok z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22.

³ Por. np. wyrok z dnia 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21.

wykładnia ww. przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad, do stosowania których zamawiający zobowiązany jest w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności (art. 16 ustawy Pzp). W świetle przywołanych powyżej zasad, wszelkie wyłączenia czy ograniczenia zasady jawności powinny być stosowane bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenia jawności postępowania i jako wyjątki od ogólnej zasady, powinny podlegać wykładni zawężającej, aby ich zastosowanie nie prowadziło do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postępowania czy zachowania tych zasad w szczątkowej, fasadowej postaci". Powoduje to, że Zamawiający zobligowany jest do analizy każdorazowego podnoszenia przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odtajniania tych informacji, których zastrzeżenie to zostało zwyczajnie przez Wykonawcę nadwyreżone, bez konieczności wzywania go do dodatkowych wyjaśnień (wyrok z dnia 21.11.2019 r. KIO 2263/19), przy jednoczesnym badaniu dostatecznego uzasadnienia zastrzeżenia informacji wskazywanych, jako niejawne.

9. Wyjątek od powyższej zasady jawności został określony m.in. w art. 18 ust. 3 PZP, zawierającym odesłanie do UZNK (w domyśle zaś definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 UZNK). Na tej podstawie, w doktrynie oraz orzecznictwie przyjmuje się, że aby skutecznie zastrzec dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca obowiązany jest wykazać łączne spełnienie następujących przesłanek:
- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
 - b) informacja ta posiada wartość gospodarczą⁴,
 - c) informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle

⁴ Jest to przesłanka wskazywana w doktrynie i orzecznictwie jako tzw. „dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa” (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7), por. także S. Sołtyński w: *Komentarz ZNKU* pod red. J. Szwai, Warszawa 2006, str. 447.

zajmującym się tym rodzajom informacji albo nie jest łatwo dostępna dla tych osób,

- d) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności,

tym samym minimalizując wykorzystywanie przez Wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jako chęci utrudnienia konkurencyjności pozostałym Wykonawcom w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

10. Należy przy tym zauważyć, że w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) wprost wskazano, iż: *„(...) badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. (...) zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania”*. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający jest zobowiązany zbadać skuteczność dokonanego zastrzeżenia zakazu udostępniania określonych informacji (dokumentów) jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.
10. Tym samym, samo obiektywne przekonanie Wykonawcy, iż przedstawiane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarcza do uznania, że tak faktycznie jest. Wskazuje na to Izba w wyroku z dnia 06.02.2024 r. (sygn. akt KIO 190/24): *„Okoliczność, iż wykonawca uważa zastrzeżone informacje za istotne i poufne, jest niewystarczająca do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca musi wykazać obiektywną wartość zastrzeżonych informacji”*.
11. Jednocześnie każdy wykonawca, w tym Melbud S.A., winien jest mieć świadomość i przede wszystkim liczyć się z tym, że przedstawiona przez niego oferta, zawarta umowa czy inne informacje podawane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego docelowo zostaną ujawnione przez Zamawiającego na co zwraca uwagę Izba w wyroku z dnia 18.02.2022 r. (sygn. akt KIO 253/22): *„Stwierdzić należy, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego*

świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania”⁵.

12. Wynika to z orzecznictwa Izby oraz Sądu Zamówień Publicznych wskazującego, iż niewystarczającym jest wskazanie, że dane informacje mają charakter niejawnny: „Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem ”wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie ”oświadczenia”, czy ”deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg ”udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw ”wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszcily się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.” (wyrok Izby z 27.03.2023 r., sygn. akt KIO 674/23, por. także wyrok SO w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21). Należy także pamiętać, jak trafnie wskazała Izba w wyroku z dnia 14 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 841/23), że „(...) ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.” Taka też ocena, której dokonania w istocie zaniechał Zamawiający, winna zostać przeprowadzona dla każdego z wyjaśnień Melbud S.A., dla każdego zadań postępowania odrębnie.

1) *Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Melbud S.A. dla Zadania nr 1*

a) Charakter zastrzeżonych informacji

Melbud S.A. wskazał na s. 3 swojego pisma, iż zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, oraz przynajmniej częściowo – techniczny i technologiczny. Wśród przekazanych Odwołującemu informacji brak jest jakiegokolwiek śladu weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości tych twierdzeń.

⁵ Por. np. wyrok z dnia 22.11.2021 r. KIO 3130/21, wyrok z dnia 07.04.2022 r. KIO 764/22, wyrok z dnia 24.01.2024 r. KIO 10/24.

b) Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji

Uwagi Melbud S.A. na temat wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zawarte na s. 3 i 4 pisma mają charakter bardzo ogólnikowy. Sam wykonawca Melbud S.A. przyznaje, że „straty te trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość”.

Tymczasem, jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z 7 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 808/23) *„Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji cen (...). Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny”*.

Jak wskazuje bowiem Sąd Zamówień Publicznych: *„(...) warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem.”* (wyrok z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21).

Melbud S.A. nie wykazał istnienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Melbud S.A. było skuteczne.

c) Nieupublicznienie zastrzeżonych informacji

Melbud S.A. zadeklarował na s. 4 swojego pisma, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Wśród przekazanych Odwołującemu informacji brak jest jakiegokolwiek śladu weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości tych twierdzeń.

d) Podjęcie stosownych działań w celu zachowania tajemnicy zastrzeżonych informacji

Melbud S.A. na s. 4 swojego pisma zadeklarował podjęcie szeregu działań, jednakże w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił ich faktycznego wdrożenia. Brak jest bowiem, nawet przykładowych, faktycznie podpisanych przez kogokolwiek zobowiązań do zachowania wszelkich informacji w poufności. Brak także procedur wewnętrznego obiegu informacji, których istnienie deklaruje Melbud S.A.

Gołosłownych deklaracji wykonawcy nie sposób utożsamiać z ich wykazaniem, na co Izba wielokrotnie zwracała już w swoim orzecznictwie uwagę (por. np. wyrok z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt 200/18, wyrok z 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 479/22).

2) *Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Melbud S.A. dla Zadania nr 2*

Z uwagi na to, iż zastrzeżenie to stanowi powielenie treści zastrzeżeń dla Zadania nr 1, aktualność zachowują wszystkie uwagi Odwoływającego zamieszczone powyżej. Kierując się zasadą zwięzłości wypowiedzi, zbędne jest ich ponowne przytaczanie w całości.

3) *Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Melbud S.A. dla Zadania nr 3*

Z uwagi na to, iż zastrzeżenie to stanowi powielenie treści zastrzeżeń dla Zadania nr 1, aktualność zachowują wszystkie uwagi Odwoływającego zamieszczone powyżej. Kierując się zasadą zwięzłości wypowiedzi, zbędne jest ich ponowne przytaczanie w całości.

13. Zamawiający całkowicie bezzasadnie zaniechał zatem uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiocie ceny przez Melbud S.A. za bezskuteczne oraz ujawnienia go zainteresowanym wykonawcom (w tym Odwoływającemu).

14. Jednocześnie naruszenie w/w przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania dla każdego z zadań. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, „Czynność ta może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jako że wykonawca po zapoznaniu się z treścią dokumentów objętych

zarzutami, będzie miał możliwość oceny prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego." (por. np. wyrok Izby z 7 kwietnia 2023 r. (sygn. akt KIO 808/23).

15. Także w wyroku z dnia 24 marca 2023 r. sygn. akt KIO 679/23, Izba wprost wskazała, że: „(...) na tle rozpoznawanych przed Krajową Izbą Odwoławczą sporów ukształtowany został pogląd, iż uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska." W realiach niniejszego postępowania powyższa konstatacja Izby jest szczególnie trafna.

Mając na względzie powyższe, niniejsze Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

WYKAZ ZAŁĄCZNIKÓW:

1. pełnomocnictwo,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowody wymienione w treści odwołania:
 - a) Pismo Zamawiającego z dnia 05 listopada 2024 r. dot. Zadania 1;
 - b) Pismo Zamawiającego z dnia 05 listopada 2024 r. dot. Zadania 2;
 - c) Pismo Zamawiającego z dnia 05 listopada 2024 r. dot. Zadania 3;
 - d) Pismo Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-212/2024),
 - e) Pismo Melbud SA. z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-213/2024),
 - f) Pismo Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-214/2024),
 - g) korespondencja z Zamawiającym z dnia 18 listopada 2024 r.,

- h) zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienia do ponownej czynności oceny oferty z dnia 19 listopada 2024 r.
5. potwierdzenie doręczenia kopii odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,

Otrzymują:

1. adresat – 1x,
2. Zamawiający – 1x,
3. a/a – 1x.