

Sygn. akt: KIO 1957/22

Sygn. akt: KIO 1958/22

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Marek Bienias

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 25 lipca 2022 r. przez:

A. wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1957/22)

B. wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1958/22)

w postępowaniach prowadzonych przez **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie**, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

orzeka:

- 1. Oddala odwołania w sprawach KIO 1957/22 i KIO 1958/22;**
2. Kosztami postępowania w sprawach KIO 1957/22 i KIO 1958/22 obciąża odwołującego: **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołań w sprawach KIO 1957/22 i KIO 1958/22,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: **Budimex Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie** kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w każdej ze spraw wynoszącego

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 1957/22

Sygn. akt KIO 1958/22

Uzasadnienie

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych w Warszawie - prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „Pzp”) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

- 1) „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, Odcinek nr 9: Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km, numer referencyjny: O. LU.D-3.2410.6.2021.AW. (dalej: „postępowanie na odcinek nr 9”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 248-655242
- 2) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski – Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem – węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem, długości ok. 12,430 km, numer referencyjny: O.LU. D-3.2410.4.2021.db. (dalej: „postępowanie na odcinek nr 6”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 grudnia 2021 r. pod numerem 2021/S 248-655239.

15 lipca 2022 r. Zamawiający powiadomił wykonawcę Budimex S.A. o odtajnieniu w każdym z ww. postępowań informacji przez niego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. 25 lipca 2022 r. Budimex S.A. (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) wniósł odwołania na powyższe czynności Zamawiającego: sygn. akt KIO 1957/22 – złożone w postępowaniu na odcinek 9 i sygn. akt KIO 1958/22 – złożone w postępowaniu na odcinek 6. Odwołujący w obydwu odwołaniach zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez uznanie, że informacje zastrzeżone przez Odwołującego nie zasługują na ochronę wynikającą z art. 18 ust. 3 Pzp, a zastrzeżenie jest nieskuteczne, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego

odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, mimo że Odwołujący wykazał zaistnienie wszystkich przesłanek umożliwiających dokonanie skutecznego zastrzeżenia,

- 2) art. 16 pkt 2 Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia decyzji dotyczącej odtajnienia informacji i dokumentów w całości zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób lakoniczny i blankietowy, co utrudnia lub zupełnie uniemożliwia poznanie i analizę podstaw dokonanego odtajnienia, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie każdego z odwołań;
- 2) unieważnienie czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego informacji, dokumentów, plików i załączników dokonanych przez Zamawiającego w pismach z 15 lipca 2022 r.;
- 3) uznanie zastrzeżenia informacji, dokumentów, plików i załączników złożonych w postępowaniu przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa za skuteczne;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt KIO 1957/22

Odwołujący wskazał m.in., że w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w ramach weryfikacji oferty Odwołującego, Zamawiający trzykrotnie kierował do niego pytania z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, wnioskując o przekazanie informacji i danych nie wymaganych bezpośrednio treścią SWZ czy PFU. Wezwania kierowane były kolejno w dniach 17.05.2022 r., 09.06.2022 r. oraz 28.06.2022 r. W reakcji na powyższe, Odwołujący przedkładał Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami kolejno w ramach pism z 31.05.2022 r., 17.06.2022 r. oraz 30.06.2022 r. Część informacji przedłożonych w ramach ww. pism została zastrzeżona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego w całości nie zaaprobował Zamawiający, dokonując pismem z 15.07.2022 r. odtajnienia w całości następujących informacji, dokumentów, plików i załączników:

1. Przekazane wraz z pismem znak ADHW/61/2022 z dnia 31.05.2022 r. załączniki tj:
Załącznik nr 1 do utajnień – Polityka Bezpieczeństwa Informacji,
Załącznik nr 2 do utajnień – Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji,
Załącznik nr 3 do utajnień – Lista osób.
Załącznik nr 4 i 4a _TAJEMNICA procedura na projektowania_PS-03
Załącznik nr 5a-5i_TAJEMNICA przykładowe Umowy Ramowe
Załącznik nr 6_ TAJEMNICA Zestawienie kosztów
Załącznik nr 7_TAJEMNICA-Wykaz jednostek sprzętowych i transportowych BUDIMEX
Załącznik nr 8 i 8a – certyfikat oraz zakres akredytacji

2. Przekazany wraz z pismem znak ADHW/63/2022 z dnia 17.06.2022 r. plik nazwie:
„iii_szczegolowe_wyjasnienia_tp_adhw_63”.

3. Przekazany wraz z pismem znak ADHW/65/2022 z dnia 30.06.2022 r. plik o nazwie:
„iii_szczegolowe_wyjasnienia_niejawne”.

Odwołujący oświadczył, że po zapoznaniu się z uzasadnieniem odtajnienia przekazanych przez Zamawiającego 15.07.2022 r., w ramach odwołania kwestionuje odtajnienie niżej wymienionych dokumentów, podkreślając przy tym dążenie do zachowania w poufności danych w sposób jak najmniej dolegliwy dla obowiązującej w ramach udzielania zamówień publicznych zasady jawności:

- Załącznika nr 3 do utajnień – Lista osób,
- Załącznika nr 5a – 5i – Przykładowe umowy ramowe,
- Załącznika nr 6 – Zestawienie Kosztów,
- Szczegółowych wyjaśnień z 17.06.2022 r.,
- Szczegółowych wyjaśnień z 30.06.2022 r.

Sygn. akt KIO 1958/22

Odwołujący wskazał m.in. Zamawiający dwukrotnie kierował do niego pytania z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, wnioskując o przekazanie informacji i danych nie wymaganych bezpośrednio treścią SWZ czy PFU. Wezwania kierowane były do Odwołującego kolejno w dniach 17.05.2022 r. i 09.06.2022 r. W reakcji na powyższe, Odwołujący przedkładał Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z załącznikami kolejno w ramach pism z dnia 31.05.2022 r. i 17.06.2022 r. Część informacji przedłożonych w ramach ww. pism została zastrzeżona przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, czego w

całości nie zaaprobował Zamawiający dokonując pismem z dnia 15.07.2022 r. odtajnienia w całości następujących informacji, dokumentów, plików i załączników:

1) Wyjaśnienia Wykonawcy - pismo „2022_05_31_s17_zad_6_wyjasnienia_tajne” wraz z niżej wymienionymi załącznikami w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa tj.:

1. Polityka bezpieczeństwa informacji pn. „zal_1_Polityka SZBI 2015 ver 1.1.pdf”
2. Deklaracja stosowania bezpieczeństwa informacji pn. „zal_2_Deklaracja SBI.pdf”
3. Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty pn. „zal_3_TAJEMNICA_Lista Osob.pdf”;
4. Instrukcja projektowania pn. „zal_4_TAJEMNICA_Instrukcja projektowania_IO-03-01-02.pdf”;
5. Procedura projektowania pn. „zal_4_TAJEMNICA_procedura projektowania_PS-03.pdf”;
6. Certyfikat PCA pn. „zal_5_Certyfikat akredytacji.pdf”
7. Zakres akredytacji pn. „zal_5_Zakres akredytacji AB1414 wydanie z 2021.pdf”
8. Wykaz środków trwałych w zakresie pn. „zal_6_TAJEMNICA_zestawienie jednostek sprzętowych.pdf”;
9. 4 umowy ramowe pn. „zal_nr_7a_TAJEMNICA-umowa Cemex betony.pdf”, „zal_nr_7b_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton betony.pdf”, „zal_nr_7c_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton.pdf”, „zal_nr_7d_TAJEMNICA-Umowa Lotos Asphalt sp. z o.o. pdf”.

2) Wyjaśnienia Wykonawcy - pismo „budimex_wyjasnienia_17_06_2022_tajne”

Odwołujący oświadczył, że po zapoznaniu się z uzasadnieniem odtajnienia przekazany przez Zamawiającego 15.07.2022 r., w ramach odwołania kwestionuje odtajnienie niżej wymienionych dokumentów, podkreślając przy tym dążenie do zachowania w poufności danych w sposób jak najmniej dolegliwy dla obowiązującej w ramach udzielania zamówień publicznych zasady jawności:

- wyjaśnienia Wykonawcy – pismo „2022_05_31_s17_zad_6_wyjasnienia_tajne” wraz z załącznikami w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:
- lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty pn. „zal_3_TAJEMNICA_Lista Osob.pdf”,
- umowy ramowe pn. „zal_nr_7a_TAJEMNICA-umowa Cemex betony.pdf”
„zal_nr_7b_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton betony.pdf”,
„zal_nr_7c_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton.pdf”,
„zal_nr_7d_TAJEMNICA-Umowa Lotos Asphalt sp. z o.o.pdf”,
- wyjaśnienia Wykonawcy – pismo „budimex_wyjasnienia_17_06_2022_tajne”.

W każdym z odwołań Odwołujący stwierdził m.in., że jakkolwiek zdaje sobie sprawę, że jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest jawność

postępowania o udzielenie zamówienia, to z całą stanowczością podkreśla, że zasada ta nie ma bezwzględniego charakteru i doznaje ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie Pzp. W ramach art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wprost wskazał bowiem, że 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. W ślad za przywołanym powyżej art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) wskazał, że 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. Na mocy art. 11 ust. 4 uznk wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dla uznania zasadności zastrzeżenia pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa decydujące znaczenie będzie miał więc tak charakter danej informacji, jak i czynności podjęte przez danego wykonawcę celem respektowania jej tajności (w tym wykazanie spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk). Co przy tym istotne, w związku z tym, że ustawodawca nie określa zamkniętego katalogu informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk nie jest możliwe automatyczne uznanie, iż pewna kategoria informacji nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa danego podmiotu.

Odwołujący podkreślił, że nie tylko wykazał spełnianie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, ale też z przysługującego mu prawa skorzystał w sposób jak najmniej dolegliwy dla zasady jawności postępowania, co wynika z tego, że nie utajnił wszystkich odpowiedzi na pytania wystosowane przez Zamawiającego. Podobnie w przypadku załączników do składanych wyjaśnień Odwołujący dążył jedynie do ich utajnienia w niezbędnym zakresie, na obecnym etapie kwestionując jedynie odtajnienie: (i) listy osób (zawierającej dane osobowe pracowników spółki biorących udział w procesie wyceny oferty); (ii) przykładowych umów ramowych (iii) zestawienia kosztów oraz (iv) szczegółowych wyjaśnień przekazywanych w dniach: 17.06.2022 r. i 30.06.2022 r. – w postępowaniu dotyczącym odcinka nr 9 i 31.05.2022 r. i 17.06.2022 r. - w postępowaniu dotyczącym odcinaka nr 6.

Powyższe zdaniem Odwołującego obrazuje, że jego działania podporządkowane są zasadzie racjonalności, stanowiąc wyraz dążenia do uzyskania stanu względnej równowagi pomiędzy zasadą jawności postępowania a prawem do ochrony informacji mającej dla wykonawcy wartość gospodarczą. Świadczy to również o tym, że Odwołujący nie traktuje przysługującego mu prawa do zastrzegania tajemnicy pewnych informacji jako narzędzia do niezasadnego ograniczania konkurencyjności, ale wyłącznie jako mechanizm niezbędny do wdrożenia celem ochrony informacji mających wymierną wartość gospodarczą. Zamawiający krytykując „zero – jedynkowe” podejście do zastrzegania pewnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa mające przejawiać się w rzekomym zastrzeganiu całości wyjaśnień, w swoich działaniach przedstawia dokładnie odwrotną postawę – odtajniając informacje, dokumenty i załączniki w całości, nie różnicuje dodatkowo swoich wymagań i motywów w zależności od charakteru każdej z nich. Lektura informacji o odtajnieniu sprawia wrażenie emanacji przyjętej z góry tezy o konieczności takiego działania, co przejawia się w autorytarnych stwierdzeniach o braku wykazania wartości gospodarczej poszczególnych informacji bądź braku obiektywnego waloru tajemnicy przedsiębiorstwa przez daną informację. Zamawiający uzasadniając konieczność odtajnienia w całości wszystkich informacji zastrzeżonych przez Odwołującego, w żaden sposób nie odnosi się do charakteru prowadzonego postępowania czy zróżnicowanych możliwości wykazywania przez wykonawcę wartości gospodarczej poszczególnych informacji. W treści pisma o odtajnieniu Zamawiający odwołuje się przy tym w sposób wybiórczy do uzasadnienia zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego – przywołując wyłącznie te elementy, które dla uzasadnienia przyjętej tezy w jakikolwiek sposób mogłyby być korzystne. Takie działanie Zamawiającego trudno uznać za wyraz decyzji uwzględniających całokształt okoliczności sprawy, a wyłącznie za emanację bezwzględnego podporządkowania zasadzie jawności postępowania. Zasada ta, ustanowiona za pomocą art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma charakteru nieograniczonego, a dodatkowo nie może być interpretowana z wyłączeniem zasady proporcjonalności. Ta nie została, jak się wydaje, uwzględniona przez Zamawiającego, skoro, bazując na wybiórczej i autorytarnej argumentacji, dąży on do ujawnienia informacji, które nie były wymagane w ramach oferty i nie zostały określone przez wykonawców konkurencyjnych, a obrazują przede wszystkim szczegółową politykę wyceny oferty Odwołującego, jego założenia koncepcyjne i dostrzeżone przez niego obszary optymalizacji. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska, iż zastrzeżone przez Odwołującego informacje, których odtajnienie jest kwestionowane niniejszym odwołaniem, nie zasługują na ochronę, oznaczałoby brak możliwości realnego skorzystania z prawa do utajniania dokumentów w procedurze udzielania zamówień publicznych. Trudno bowiem wyobrazić sobie bardziej wrażliwe dane niż informacje składane w ramach wyjaśnień treści oferty w postępowaniach prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, które z założenia

wymagają pewnego określenia założeń koncepcyjnych czy optymalizacyjnych i realizacyjnych.

Następnie w każdym z odwołań Odwołujący podał, że Zamawiający zasadność odtajnienia dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Odwołującego zdaje się opierać przede wszystkim na autorytarnym stwierdzeniu, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, w tym Zamawiający zdaje się koncentrować przede wszystkim na braku wykazania wartości gospodarczej utajnionych informacji.

Odwołujący stwierdził, że pojęcie „wykazania”, którym ustawodawca posługuje się w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie zostało doprecyzowane poprzez określenie konkretnych czynności niezbędnych do podjęcia przez wykonawcę. Każdorazowo pojęcie to, w zależności od charakteru zastrzeganych informacji czy okoliczności faktycznych sprawy, będzie więc nośnikiem nieco innych obowiązków nałożonych na wykonawcę. Niemniej, kierując się tak literalnym znaczeniem tego pojęcia, jak i poglądami doktryny i orzecznictwa, należałoby uznać, że sformułowaniu „wykazać” najbliższe jest do sformułowań „uprawdopodobnić” czy „rzeczowo uzasadnić”. Wykazanie nie jest równoznaczne z koniecznością udowodnienia czy posłużenia się konkretnymi środkami mającymi potwierdzać daną okoliczność. Odwołujący wskazał na orzeczenia Izby: wyrok KIO z dnia 12.06.2017 r., sygn. akt KIO 1015/17, wyrok KIO z dnia 20.06.2018 r., sygn. akt KIO 1132/18, wyrok KIO z dnia 30.03.2018 r., sygn. akt KIO 496/18. Informacja o odtajnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa w ocenie Odwołującego zdaje się wyrażać oczekiwanie udowodnienia wszelkich twierdzeń w odniesieniu do każdej z kategorii dokumentów, które składają się na rzeczową argumentację przedstawioną przez Odwołującego. W odniesieniu do wykazywania wartości gospodarczej poszczególnych informacji, Zamawiający zdaje się całkowicie ignorować kategorie informacji, które zostały zastrzeżone przez Odwołującego, i determinujące tak naprawdę brak możliwości przedstawienia dowodów, których zdaje się oczekiwać Zamawiający. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje podzielić bowiem można na następujące kategorie:

- założenia organizacyjne i techniczne (w tym rozwiązania projektowe i materiałowe),
zaliczając do tej kategorii: załącznik nr 6: Zestawienie kosztów; szczegółowe wyjaśnienia z dnia 17.06.2022 r.; szczegółowe wyjaśnienia z dnia 30.06.2022 r. - odwołanie dotyczące odcinka 9 oraz szczegółowe wyjaśnienia z dnia 31.05.2022 r. i szczegółowe wyjaśnienia z dnia 17.06.2022 r - odwołanie dotyczące odcinka 6;
- metodologia kalkulacji ceny,
zaliczając do tej kategorii: załącznik nr 6: Zestawienie kosztów; szczegółowe wyjaśnienia z dnia 17.06.2022 r.; szczegółowe wyjaśnienia z dnia 30.06.2022 r. - odwołanie

dotyczące odcinka 9 oraz szczegółowe wyjaśnienia z dnia 31.05.2022 r. i szczegółowe wyjaśnienia z dnia 17.06.2022 r - odwołanie dotyczące odcinka 6;

- informacje wynikające z ofert podwykonawców,
zaliczając do tej kategorii w obydwu odwołaniach umowy ramowe przedstawione w ramach załączników
- dane osobowe osób uczestniczących w wycenie oferty,
zaliczając do tej kategorii w obydwu odwołaniach załącznik nr 3: Lista osób.

Odwołujący stwierdził, że cechą wspólną wykazywanej przez niego wartości gospodarczej informacji znajdujących się w ww. dokumentach było odwoływanie się do logicznego ciągu skutkowo – przyczynowego referującego do możliwych zdarzeń przyszłych takich jak chociażby: wykorzystanie w przyszłości przez konkurencję założeń projektowych czy optymalizacyjnych stosowanych przez Odwołującego, wykorzystanie zweryfikowanej sieci kontaktów Odwołującego, wykorzystanie przez konkurentów analogicznej strategii budowania ceny ofertowej, podkupienie pracowników uczestniczących w wycenie przedmiotowego kontraktu. W konsekwencji, dalej idące uprawdopodobnienie wartości gospodarczej związanej z ww. okolicznościami niż zostało zaprezentowane w zastrzeżeniu dokonanym przez Odwołującego jest w istocie niemożliwe o tyle, że wymagałoby dowodu dotyczącego dwóch hipotetycznych stanów. Takiego, w którym dane informacje nie trafiają do obiegu i w dalszym ciągu wykorzystywane są wyłącznie przez Odwołującego oraz takiego, w którym informacje te zostają odtajnione i Odwołujący pozbawiony zostaje przewagi rynkowej, która z tych dokumentów wynika. Dopiero taka sytuacja generowałaby możliwość konkretnego „zmierzenia” i przedstawienia dowodów na wymierną wartość tych informacji.

Charakter zastrzeżonych przez Odwołującego danych powoduje, że oczekiwanie dalej idącego wykazywania wartości tych informacji jest oczekiwaniem nierealnym, stosowanym wyłącznie jako pretekst dla pozbawienia Odwołującego przysługujących mu praw. Odwołujący w ramach dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób rzeczowy i logiczny wykazał z jakich względów dane informacje winny zostać utajnione i jaką wartość gospodarczą w nich upatruje. Działanie Odwołującego w pełni odpowiadało wymaganiom ustawowym i było wystarczające dla respektowania przysługujących mu praw, uwzględniając, że „od charakteru i rodzaju informacji oraz innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy będzie natomiast zależało to, czy dla „wykazania” wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych

dowodów” (tak Nowicki J., KołECKI M., [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV).

Skoro niemożliwym jest przedstawienie konkretnych dowodów związanych z sytuacją przysłą i hipotetyczną, to w takiej sytuacji rzeczowe wyjaśnienia oparte na logicznej argumentacji wypełniają w pełni zakres pojęcia „wykazania”. Zamawiający dyskwalifikując zastrzeżenie dokonane przez Odwołującego, poza tym, że opiera się na wybiórczym jego przywoływaniu (o czym szerzej w dalszej części pisma) to dodatkowo w żaden sposób nie konkretyzuje, jakiego elementu zabrakło w wykazaniu wartości gospodarczej dokonanej przez Odwołującego i jaki środek dowodowy bądź jakie inne argumenty miałyby zostać przez Odwołującego dodatkowo przedstawiony, aby złożone uzasadnienie spotkało się z pozytywną weryfikacją ze strony Zamawiającego.

Uwzględniając powyższe, a także to, że jak wskazywał Odwołujący w treści dokonywanego zastrzeżenia, samo traktowanie danej informacji jako poufnej przez wykonawcę stanowi element potwierdzający jej wartość gospodarczą, autorytarne stwierdzenia Zamawiającego o braku takiej cechy nie zasługują na aprobatę. Przepis art. 11 ust. 2 ZNKU stanowi, że ochrona dotyczy tylko takich poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie wyrażono pogląd, że "pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie" [zob. A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona, s. 32]. (...) W istocie sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl w sposób pozornie zawierający błąd logiczny zdaje się wyrażać druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943 – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". (zob. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz SzWaja 2019).

Według Odwołującego w podobnie autorytarny sposób jak w przypadku braku wykazania wartości gospodarczej Zamawiający wypowiada się w kontekście wykazania podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności. Odwołujący przedstawił bardzo szerokie uzasadnienie w tym zakresie, wskazując na konkretne rozwiązania podjęte w ramach jego organizacji, określając konkretną listę osób mających wiedzę o informacjach zastrzeżonych czy wskazując na konkretne polityki i procedury to trudno oczekiwać dalej idących dowodów na okoliczność „negatywną”. Nie jest możliwym przedstawienie dowodów na okoliczność, że coś nie miało miejsca (w tym przypadku, że

dana informacja nie została upubliczniona). Możliwym jest jedynie wykazywanie jakie starania zostały podjęte celem zabezpieczenia danych, tj. wystarczającym jest w tym zakresie uprawdopodobnienie, które Odwołujący zaprezentował w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Następnie Odwołujący wskazał, że zasadniczą linią argumentacji Zamawiającego, mającą zdyskwalifikować możliwość utajnienia informacji, było oparcie się na twierdzeniu o rzekomym braku wykazania wartości danej informacji, względnie braku możliwości zakwalifikowania jej jako informacji posiadającej co do zasady wartość tajemnicy. W przypadku listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty, Zamawiający wprost dyskwalifikuje możliwość respektowania zastrzeżonej przez Odwołującego tajemnicy przez wzgląd na brak przedstawienia przez Odwołującego dowodu na to, że osoby tam wymienione w istocie mają wysokie kwalifikacje, a także brak dowodu na to, że inny podmiot istotnie dążył do podkupienia tych pracowników. Zamawiający „wykazanie”, o którym mowa w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost zrównuje więc w tym zakresie z pojęciem „udowodnienia”. W ocenie Odwołującego twierdzenia i oczekiwania Zamawiającego w tym zakresie są jednak o tyle niezrozumiałe, że wykazując zasadność utajnienia danych tych osób wskazywał na ryzyko ich podkupienia przez podmioty konkurencyjne w przyszłości. Wykazywanie podejmowania takich prób przez konkurencyjne podmioty w przeszłości nie ma więc w istocie żadnego znaczenia i nie dyskwalifikuje ryzyka wystąpienia takiej sytuacji w przyszłości. Co więcej, brak też podstaw do oczekiwania na udowodnienie kompetencji osób wymienionych w rzeczonym załączniku. Fakt, że wymienione tam osoby uczestniczyły w wycenie i decyzjach dotyczących założeń projektowych dla niniejszego postępowania de facto wysokie kompetencje tych osób automatycznie potwierdza. Wycena oferty Odwołującego okazała się najkorzystniejsza, a więc analizy dokonane przez osoby uczestniczące w procesie ofertowania (wymienione w Załączniku nr 3) i zastosowane przez nich założenia okazały się właściwe.

Dodatkowo w odniesieniu do odcinka nr 9, Odwołujący podał, że w ramach uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazywał konieczność ochrony informacji dotyczących imion i nazwisk osób wymienionych w załączniku nr 3 z uwagi na ochronę ich danych osobowych, a także nadmierność odtajnienia tego typu informacji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (w sytuacji, w której nie wpływa to na kwalifikację oferty jako oferty najkorzystniejszej). Z tymi twierdzeniami Zamawiający w ogóle się nie skonfrontował i przedłożył jawność postępowania ponad ochronę danych osobowych pracowników Odwołującego.

W obydwu odwołaniach Odwołujący stwierdził, że dla niego, jako podmiotu składającego wiele ofert w postępowaniach prowadzonych przez różne Oddziały

Zamawiającego, ujawnienie omawianej listy w szerszej perspektywie oznacza również umożliwienie wykonawcom konkurencyjnym przyporządkowanie konkretnych pracowników do określonego rodzaju postępowań przetargowych, np. projektów infrastrukturalnych, kubaturowych czy energetycznych. Każdy z zakresów charakteryzuje się swoistą specyfiką, co sprawia, że wymienione osoby w ramach poszczególnych dywizji posiadają unikatową w ramach organizacji wiedzę, know-how i kontakty (również ze specjalistami w swoich branżach, którzy później na różnych zasadach podejmują z Odwołującym współpracę). Zbiór takich informacji, chociaż dla osoby postronnej może wydawać się przypadkowy, już sam w sobie stanowi cenną na rynku informację i sugeruje określony kierunek działania Odwołującego. Odwołujący podtrzymuje więc w tym zakresie w całej rozciągłości uzasadnienie tajemnicy, które zostało przedstawione Zamawiającemu w toku postępowania, podkreślając, że okolicznością powszechnie znaną w obecnych uwarunkowaniach gospodarczych jest z jednej strony fakt niedoboru wykwalifikowanej kadry, zwłaszcza w obszarze rynku budowlanego w Polsce, a z drugiej - konieczność nieustannego formułowania korzystniejszych warunków pracy i płacy.

W odniesieniu do umów ramowych zawartych z podwykonawcami:

- w sprawie sygn. akt KIO 1957/22

Odwołujący podniósł, że Zamawiający niezasadnie zdyskwalifikował zastrzeżenia dotyczące załączników nr 5a-5i) twierdząc, że Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, co Zamawiający wyprowadzał zasadniczo z następujących twierdzeń: w części umów ramowych brak jest wskazania cen bądź ceny, które mają być kalkulowane indywidualnie dla każdego z kontraktów; z przedstawionych umów ramowych, bądź innych dokumentów nie wynika, że zaoferowane Odwołującemu warunki współpracy są szczególnie korzystne. Twierdzenia nie zasługują na aprobatę, nadto znajdują się one w oderwaniu od wykazanej w ramach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wartości danych, które wynikają z umów podwykonawczych. Zamawiający dyskwalifikując te dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa koncentruje się bowiem wyłącznie na aspekcie cen wynikających z umów podwykonawczych, pomijając, że Odwołujący w ramach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazywał, że wartości tych informacji upatruje chociażby dodatkowo w samym fakcie współpracy z danymi podwykonawcami, którzy to stanowią wyselekcjonowaną grupę wyłonioną w długotrwałym procesie weryfikacyjnym. Odwołujący wykazywał w tym kontekście, że odtajnienie tych informacji może spowodować nawiązanie przez konkurencję współpracy z tymi samymi podmiotami, skutkujące nie tylko brakiem konkurencyjności ofert Odwołującego w kolejnych postępowaniach, ale też wyczerpaniem wolumenu materiałów dostępnych u podwykonawców uniemożliwiającym skorzystanie z nich w przyszłości uzasadnienia

tajemnicy przedsiębiorstwa; ustalonych warunkach współpracy, które nie ograniczają się wyłącznie do wynegocjowanych Z treści umów podwykonawczych przedłożonych Zamawiającemu wynikają dodatkowo chociażby takie warunki współpracy jak lokalizacje kopalń i zagwarantowane wolumeny dostaw (vide np. załącznik 5b); warunki kredytowania kupującego i sposób oraz terminy realizacji zleceń (np. załącznik 5d, 5e, 5f, 5g, 5i). Już na podstawie tych danych, konkurencyjni wykonawcy mogą odtworzyć możliwości Odwołującego co do uczestnictwa w kolejnych postępowaniach przetargowych, mając możliwość zidentyfikowania zakresu zaopatrzenia Odwołującego w konkretnych rejonach Polski. Na to ryzyko, a także ryzyko podjęcia przez konkurencyjnych wykonawców renegotjacji łączących ich umów wpływających na konkurencyjność Odwołującego w kolejnych postępowaniach przetargowych również zwracał uwagę Odwołujący w dokonanym zastrzeżeniu jako na element świadczący o wartości gospodarczej tych informacji. Zamawiający dąży do dyskwalifikacji zastrzeżenia umów podwykonawczych jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wzgląd na rzekomy brak indywidualizacji cen gwarantowanych przez podwykonawców, podczas gdy z treści skierowanych do Odwołującego pytań wynika, że sam Zamawiający wartości i znaczenia upatruje w samym fakcie zapewnienia ciągłości dostaw i warunków współpracy, a więc w samym fakcie podpisania konkretnych umów ramowych. Jest to o tyle oczywiste, że w obecnych uwarunkowaniach geopolitycznych, wartością i przewagą konkurencyjną danego wykonawcy jest już sama okoliczność gwarantowanego dostępu do kruszyw o odpowiednich parametrach i określonym wolumenie. Odwołujący upatruje również w informacjach odnoszących się do warunków cenowych czy innych dedykowanych mu (indywidualnych) warunków współpracy. Nie można przy tym w tym zakresie zgodzić się z Zamawiającym, że te informacje w żaden sposób nie wynikają z zawartych umów ramowych i przez wzgląd na rzekomy brak wykazania upustów czy preferencyjnych warunków współpracy zawarte umowy ramowe winny podlegać odtajnieniu. Odwołujący podniósł, iż immanentną cechą zawierania umów jest proces negocjowania ich treści, stąd też sam fakt zawarcia tego typu umowy stanowi dowód indywidualnych ustaleń właściwych dla relacji wykonawca – podwykonawca. Co więcej, o indywidualizacji czy szczególnie korzystnych warunkach współpracy świadczą chociażby następujące sformułowania, które bezpośrednio w treści tych umów się pojawiają, np.: „strony ustalają następujące warunki handlowe” (zał. Nr 5a), „cena została uzgodniona” (zał. Nr 5b); „zapłata będzie dokonywana na podstawie cen kalkulowanych indywidualnie dla kontraktu” (zał. Nr 5 d – 5 g). O indywidualizacji istniejących relacji na linii wykonawca – podwykonawca świadczy też chociażby wynikający bezpośrednio z treści umowy podwykonawczej fakt uwzględnienia dostawcy na liście preferencyjnej (vide np. zał. nr 5g). Wszystkie powyższe okoliczności i sformułowania świadczą o pewnej indywidualizacji ustalanych warunków, będącej przeciwieństwem przystępowania do warunków współpracy w sposób adhezyjny, na równi z

wszystkimi kontrahentami. Na marginesie Odwołujący wskazał, że informacją o cenie jest nie tylko jej określenie poprzez konkretną wartość nominalną (tak np. załącznik nr 5b) ale też poprzez sposób jej ustalenia i warunki rozliczeń, które wynikają z treści każdej z umów ramowych. Co za tym idzie, dyskwalifikacja tajności umów podwykonawczych tylko z tego względu, że w jej treści nie pojawiałyby się wartość nominalna czy słowo „upust” jest ze wszech miar niewłaściwe. Z kolei co do argumentacji Zamawiającego o dyskwalifikacji tajności załącznika nr 5a z uwagi na upływ terminu jej obowiązywania, to Odwołujący zwraca uwagę, że korelacja udzielonych odpowiedzi z przedstawionymi załącznikami obrazuje, że przedstawił informacje o swoich aktywnych kontrahentach. Przedstawiona umowa została aneksowana i dalej obowiązuje na analogicznych warunkach, zgodnie z zasadą kontynuacji współpracy między przedsiębiorcami.

- w sprawie sygn. akt KIO 1958/22

Odwołujący wskazał na załączniki: „zal_nr_71_TAJEMNICA-umowa Cemex betony.pdf”, „zal_nr_7b_TAJEMNICA - umowa Lafarge Kruszywa i Beton betony.pdf”, „zal_nr_7c_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton.pdf”, „zal_nr_7d_TAJEMNICA-Umowa Lotos Asphalt sp. z o.o.pdf” i stwierdził, że Zamawiający zdyskwalifikował zasadność dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia, jednak podobnie jak w przypadku odtajnienia załącznika nr 3 – Lista osób, w ogóle nie wyjaśnił, z jakiego powodu odmawia wskazanym dokumentom waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający ogranicza się do wyszczególnienia przesłanek dokonania skutecznego zastrzeżenia, podkreślając istotę „wykazania” oraz wartości gospodarczej, jednak również i w tym zakresie przygotowane przez Zamawiającego uzasadnienie jest ogólnikowe, lakoniczne i nie przystaje do charakteru odtajnianych informacji i dokumentów. Zamawiający w żaden sposób nie polemizuje z charakterem i kształtem umów, nie konfrontuje ich treści z przesłankami dopuszczalności utajnienia, a co za tym idzie – dokonane odtajnienie uzasadnia w sposób blankietowy. Tym samym, niemożliwe jest szczegółowe odniesienie się do argumentacji Zamawiającego w kontekście podjętej przez niego czynności, ponieważ Odwołujący się nie ma w istocie do czego nawiązać. Rozważenie ogólnej argumentacji dotyczącej „wykazania” i „wartości gospodarczej” byłoby w tych okolicznościach stawianiem hipotez. Z treści umów podwykonawczych przedłożonych Zamawiającemu wynikają dodatkowo chociażby takie warunki współpracy jak sposób i terminy realizacji dostaw betonu, asfaltu czy kruszyw (vide Załącznik nr 7a), gwarantowanych wolumenów dostaw (vide Załącznik nr 7b), szczególnych warunków współpracy (np. Załącznik nr 7c). Już na podstawie tych danych, konkurencyjni wykonawcy odtworzyć mogą możliwości Odwołującego co do uczestnictwa w kolejnych postępowaniach przetargowych, mając możliwość zidentyfikowania zakresu zaopatrzenia Odwołującego w konkretnych rejonach Polski. Na to ryzyko, a także ryzyko podjęcia przez

konkurencyjnych wykonawców renegocjacji łączących ich umów wpływających na konkurencyjność Odwołującego w kolejnych postępowaniach przetargowych również zwracał uwagę Odwołujący w dokonanej zastrzeżeniu jako na element świadczący o wartości gospodarczej tych informacji.

Odwołujący wartości gospodarczej omawianych umów podwykonawczych upatruje również (ale nie jedynie) w informacjach odnoszących się do warunków cenowych czy innych dedykowanych mu (indywidualnych) warunków współpracy. Immanentną cechą zawierania umów jest proces negocjowania ich treści, stąd też sam fakt zawarcia tego typu umowy stanowi dowód indywidualnych ustaleń właściwych dla relacji wykonawca – podwykonawca. Co więcej, o indywidualizacji czy szczególnie korzystnych warunkach współpracy świadczą sformułowania, które bezpośrednio w treści tych umów się pojawiają, a które dotyczą szczególnych warunków wykonywania dostaw, np. „strony ustalają zasady współpracy handlowej” (zał. nr 7a), „zapłata będzie dokonywana na podstawie cen kalkulowanych indywidualnie dla kontraktu” (zał. nr 7b). O indywidualizacji istniejącej relacji na linii wykonawca - podwykonawca świadczy też wynikający bezpośrednio z treści umowy podwykonawczej fakt uwzględnienia dostawcy na liście preferencyjnej (vide np. zał. nr 7b). Wszystkie powyższe okoliczności i sformułowania świadczą o pewnej indywidualizacji ustalanych warunków, będącej przeciwieństwem przystępowania do warunków współpracy w sposób adhezyjny, na równi z wszystkimi kontrahentami. Na marginesie Odwołujący wskazał, że informacją o cenie jest nie tylko jej określenie poprzez konkretną wartość nominalną, ale też poprzez sposób jej ustalenia i warunki rozliczeń, które wynikają z treści każdej z umów ramowych. Co za tym idzie, dyskwalifikacja tajności umów podwykonawczych, niezależnie od podstawy, której jednak Zamawiający nie podał i nie uargumentował, jest niewłaściwe.

W podsumowaniu odwołań w zakresie umów ramowych, Odwołujący podał m.in., że twierdzenia Zamawiającego mające świadczyć o konieczności dyskwalifikacji zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego są niespójne i abstrahują od całości wyводу przedstawionego przez Odwołującego, a znajdującego się w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia te nie mogą więc zostać uznane za wystarczające dla narażenia Odwołującego na utratę jego pozycji konkurencyjnej wynikającej z ewentualnego odtajnienia tych danych. Odwołujący przedstawił rzeczowe i logiczne uzasadnienie, które uwzględniając kategorię zastrzeganych danych, w pełni wpisuje się w „wykazanie” znaczenia tych informacji

W odniesieniu do pozostałych, podtrzymanych w odwołaniach, zastrzeganych dokumentów tj. załącznika nr 6 – Zestawienie kosztów i szczegółowych wyjaśnień oferty (część III wyjaśnień) Odwołujący podał:

W odniesieniu do załącznika nr 6 – Zestawienie kosztów Odwołujący stwierdził m.in., że Zamawiający nie odniósł się do niego w uzasadnieniu dokonanego odtajnienia, stąd co do samej zasady należałoby uznać, że próba dokonania odtajnienia tego dokumentu nie została skutecznie przeprowadzona. Zamawiający w żaden sposób nie skonfrontował się bowiem z twierdzeniami Odwołującego zawartymi w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które w sposób rzeczowy i kompleksowy wykazały wartość informacji zawartych w tym załączniku, a do których w całej rozciągłości Odwołujący w tym miejscu się odwołuje. Informacje zawarte w załączniku nr 6 – zestawienie kosztów, odnoszą się zarówno do kategorii założeń organizacyjnych i technologicznych, założeń projektowych i materiałowych, jak również metodologii kalkulacji ceny. Znaczenie i wartość tych informacji Odwołujący szczegółowo wykazywał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, podkreślając ich znaczenie i charakter zwłaszcza w kontekście formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Pomysły na realizację zamówienia i zastosowane optymalizacje są indywidualnymi rozwiązaniami właściwymi wykonawcy, których kopiowanie i wykorzystanie przez wykonawców konkurencyjnych doprowadziłoby do zaoszczędzenia przez inne podmioty kosztów własnej pracy koncepcyjnej, obniżając możliwości konkurencyjności Odwołującego w przyszłości, co stanowi wyraz istotnej i wymiernej wartości gospodarczej. Dobór rozwiązań projektowych zastosowanych przez Odwołującego stanowi wyraz jego autorskich rozwiązań, wynikających z doświadczenia i przetestowania na innych kontraktach określonych założeń projektowych, których odtajnienie i skopiowanie przez wykonawców konkurencyjnych nie tylko wpłynęłoby na konkurencyjność składanych przez Odwołującego ofert ale też pozwoliłoby konkurentom na identyfikację „preferowanych” przez Odwołującego kontraktów, w ramach których jego zweryfikowane założenia projektowe mogłyby być zastosowane. Sposób budowania ceny przez Odwołującego stanowi indywidualną, właściwą mu metodologię, której odtajnienie może doprowadzić do utraty pozycji konkurencyjnej przez Odwołującego, o tyle, że wykonawcy konkurencyjni pozyskaliby wiedzę w jakich obszarach możliwe jest obniżenie kosztów i do jakiego poziomu, co w sposób wymierny i oczywisty mogłoby odbić się na procesie ofertowania w kolejnych postępowaniach, świadcząc tym samym o istotnej wartości gospodarczej tych informacji. Dla unaocznienia jakiego rodzaju informacje zostały zawarte w załączniku nr 6 i tego, że należą one do ww. kategorii danych wrażliwych, Odwołujący zamieścił Tabelę nr 1, gdzie przedstawił pytania, do których odnosi się załącznik nr 6, uszczegóławiając odpowiedzi z części jawnej wraz z ich opisem.

Dalej Odwołujący podał, że wypracowane na przestrzeni lat przez Wykonawcę pomysły na organizację budowy, wycenę kontraktu czy zastosowane rozwiązania projektowe stanowią dla wykonawcy istotną i wymierną wartość. Równie oczywistym jest to, że skoro

Odwołujący nie ujawnia tych informacji, to nie ma możliwości przedstawienia dowodu w jaki konkretnie sposób pozycja Odwołującego uległaby zmianie, gdyby zostały one odtajnione i powielone przez konkurencję w kolejnych postępowaniach. Odtajnienie tego typu indywidualnych założeń koncepcyjnych na tę konkurencyjność może mieć wpływ. Dlatego wykazywanie wartości gospodarczej tych informacji nie wymaga dowodu, a rzeczowe uzasadnienie zaprezentowane w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa całkowicie wypełnia wymagania z art. 18 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego w odniesieniu do szczegółowych wyjaśnień Wykonawcy w zakresie treści oferty przedłożonych 17.06.2022 r. Zamawiający w żaden sposób nie zindywidualizował swoich uwag względem dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia, jak również nie odniósł się do dokonanego przez Odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia. Na stronie 7 informacji o odtajnieniu Zamawiający przywołał bowiem wyłącznie tezy z orzecznictwa i podsumował je stwierdzeniem, iż „Wykonawca nie wykazał, że informacje zawarte w pkt 3 Wyjaśnienia są źródłem zysku lub pozwalają na zaoszczędzenie kosztów dla przedsiębiorcy (...)”. Tego typu uzasadnienie trudno zakwalifikować jako rzeczową polemikę z twierdzeniami zaprezentowanymi przez Odwołującego, wykazującymi zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w tej części wyjaśnień. W związku z tym, taka konstrukcja uzasadnienia odtajnienia determinuje, że co do samej zasady należałoby uznać, że próba dokonania odtajnienia tego dokumentu nie została skutecznie przeprowadzona. Zamawiający, pełniąc funkcję „gospodarza postępowania” zobowiązany jest do dołożenia wszelkiej staranności, by przekazywać wykonawcom swoje decyzje w sposób maksymalnie przejrzysty, spójny i kompleksowy, w szczególności w zakresie dokonywanych przez siebie czynności związanych z kwestiami wycen, relacji z podwykonawcami i potencjału realizacyjnego. Podobnie jak Odwołujący z dalece posuniętą ostrożnością decyduje jakie informacje uznaje za szczególnie wrażliwe, tak również od Zamawiającego oczekuje indywidualnego podejścia i ostrożności w odniesieniu do swoich dokumentów i ich zawartości. Tymczasem Zamawiający w istotnej części informacji o odtajnieniu odnosi się do poszczególnych danych w sposób lakoniczny i blankietowy, utrudniając szczegółowe odniesienie się do wszystkich powoływanych argumentów. Ponadto, również w istotnej części informacji Zamawiający ogranicza się do zacytowania fragmentów wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które ze względu na swój ogólnikowy charakter mogłyby pasować do każdego typu zastrzeganych informacji.

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorcy, Zamawiający powinni wykazać się raczej przenikliwością i podejściem znacznie bardziej analitycznym do omawianych informacji, co w konsekwencji powinno prowadzić o formułowania szerszego i bardziej wnikliwego uzasadnienia dokonania

odtajnienia. Dane zawarte w zastrzeżonej części III wyjaśnień z 17.06.2022 r. nawiązują w przeważającej części bezpośrednio do informacji zastrzeżonych w ramach załącznika nr 6. Odwołujący w układzie tabelarycznym przedstawił powiązania pomiędzy tymi dokumentami, a następnie wskazał, że w ramach tej części wyjaśnień w udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 6 opisał dodatkowo, że przewiduje możliwość zastosowania alternatywnego rozwiązania projektowego w zakresie uniknięcia kolizji wyszczególnionych w pytaniu elementów zakresu przedmiotowej inwestycji z terenami kolejowymi, co stanowi własność intelektualną projektantów Budimex i niewątpliwie należy do kategorii założeń projektowych zastrzeżonych i wykazanych w ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odpowiedzi z części III pisma z 17.06.2022 r. należą do kategorii założeń organizacyjnych i technologicznych, założeń projektowych i materiałowych, jak również metodologii kalkulacji ceny, które to kategorie danych zasługują na ochronę, wykazaną jego zdaniem w sposób dostateczny w ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, skoro odpowiedzi stanowiły doprecyzowanie wcześniej przekazanych wyjaśnień, cechują się one określonym poziomem szczegółowości, wzmagającym konieczność ochrony. Tak jak wskazywał Odwołujący w ramach Tabeli nr 2 odpowiedzi te zawierały chociażby kolejne (bardziej szczegółowe) rozbicia cenowe czy wręcz szkice rozwiązań projektowych zakładanych przez Odwołującego. Zamawiający dążąc do dyskwalifikacji tajnego charakteru tych informacji powołuje w tym zakresie dodatkowo argument, że Odwołujący zastrzegł wszystkie 6 odpowiedzi. Zamawiający próbuje wyrzeć więc wrażenie pewnej nadmiarowości działań Odwołującego i działanie podejmowane bez głębszej analizy, pomijając jednak, że pytania te stanowiły jedynie część pytań skierowanych do Wykonawcy w ujęciu globalnym, będąc doszczegółowieniem wcześniejszych odpowiedzi.

Odnośnie do części III wyjaśnień z 30 czerwca 2022 r. Odwołujący wskazał m.in., że odpowiadał w nich wyłącznie na jedno pytanie doprecyzowujące dotyczące odpowiedzi na pytanie nr 15. Zastrzeżenie tej odpowiedzi było konsekwentne począwszy od danych zastrzeganych w pierwszych wyjaśnieniach. Zdaniem Odwołującego Zamawiający dąży do dyskwalifikacji zastrzeżenia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa co jednak jest nieprawidłowe co do samej zasady, skoro pierwotne odpowiedzi, stanowiące bazę dla uszczegółowienia danych zawartych w piśmie z 30.06.2022 r. nie zostały przez Zamawiającego skutecznie odtajnione. W ramach odpowiedzi z 30.06.2022 r. Odwołujący dokonał doszczegółowienia cen jednostkowych i ilości poszczególnych asortymentów robót, stąd konieczność objęcia tych danych tajemnicą jest tym bardziej zasadna.

Odwołujący zaznaczył, że nie miał obowiązku przedkładać konkretnych rysunków, co nie dyskwalifikuje tajności informacji, które zaprezentował. Zamawiający koncentruje się

wyłącznie na projekcie niwelety pomijając, że zaprezentowane informacje dotyczące sposobu wykonania nasypu (nawet bez szczegółowych rysunków technicznych) stanowią już nośnik wiedzy co do tego jaki „pomysł” na realizację inwestycji posiada Odwołujący i gdzie dostrzega możliwości pewnych optymalizacji i oszczędności. Zamawiający dążąc do odtajnienia tej odpowiedzi, pomija, że Odwołujący określił w niej konkretne dane cenotwórcze, pozwalające na zidentyfikowanie przez konkurencję dostępnych Odwołującemu poziomów cenowych konkretnych asortymentów robót. Co za tym idzie, zastrzeżone informacje w pełni zasługują na ochronę. Odwołujący wykazał bowiem w ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wartość gospodarczą tego typu danych nie tylko poprzez odniesienie do założeń projektowych stosowanych przez Odwołującego (które pomimo braku szczegółowych rysunków technicznych z tej odpowiedzi wynikają), ale także poprzez odniesienie do założeń materiałowych (materiał został wprost określony w udzielonej odpowiedzi), założeń organizacyjnych i technologicznych, jak i metodologii budowania ceny (w odpowiedzi wskazano bezpośrednio szczegółowe informacje dotyczące przyjętych cen jednostkowych).

Następnie Odwołujący podał, że w treści pisma z odtajnieniem Zamawiający wskazał, że w jego ocenie Odwołujący „nie wykazał, jakie konkretne podjął działania zabezpieczające przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych, wskazując jedynie na wdrożenie pewnych procedur, w tym zobowiązanie pracowników i współpracowników do nierozpowszechniania informacji. W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano także dokładnie jakie grono osób spośród pracowników lub współpracowników ma lub miało dostęp do informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w jaki sposób Wykonawca kontroluje liczbę i krąg pracowników mających dostęp do zastrzeżonych informacji”. Odwołujący zwrócił uwagę, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego jednym z załączników (Załącznik nr 3) pisma z uzasadnieniem informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest lista osób, które mają dostęp do zastrzeganych informacji ze względu na swoje zaangażowanie w przygotowanie oferty. Odwołujący zastrzegł listę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający podjął czynność jej odtajnienia czemu Odwołujący stanowczo się sprzeciwia.

W sprawie sygn. akt KIO 1958/22:

W odniesieniu do informacji zawartych w treści pism z wyjaśnieniami, z odpowiedziami na szczegółowe pytania Zamawiającego, Odwołujący m.in. zwrócił uwagę na elementy uzasadnienia dokonanego odtajnienia, które odnoszą się w sposób szczegółowy do konkretnych części utajnionych danych, gdzie jego zdaniem Zamawiający zdaje się dowodzić braku waloru tajemnicy przedsiębiorstwa określonych elementów poprzez odniesienie się do ogólnych i lakonicznych sformułowań.

Odwołujący wskazał, że w ramach pisma z dnia 15 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował o odtajnieniu odpowiedzi na pytania 1, 2, 4, 5, 8, 37, 55, 58, 59, 66, 67, 90, 94 oraz 98 jako podstawowy i tak naprawdę jedyny argument dokonanego odtajnienia podając „brak wskazania na ostateczny efekt prac”, a więc – jak się wydaje – na fakt, że kilka elementów w ramach wyceny pozostaje jeszcze do ostatecznego ustalenia. W ramach omawianych odpowiedzi na pytania Wykonawca natomiast wskazywał, jaką kwotę przewidziano na który cel, jakie elementy składają się na te kwoty, jak również to, jakie ilości podano w ramach oferty, i co się na nią faktycznie składa – co łącznie stanowi komplet informacji o istotnej wartości gospodarczej. Jedyne zmienne w tych konfiguracjach odnoszą się do szczegółowych rozwiązań wymuszonych podejmowanymi czynnościami na etapie projektowania, co jednak na podane okoliczności nie będzie miało wpływu. Zamawiający nie odniósł się szczegółowo do elementów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego odpowiedzi na pytania nr 49, 78 i 93, najprawdopodobniej traktując te kwestie zbiorczo w ramach sformułowania „co do treści kalkulacji zawartych w wyjaśnieniach”. W związku z tym zasadne jest uznanie, że co do samej zasady należałoby uznać, że próba dokonania odtajnienia tych informacji nie została skutecznie przeprowadzona. Zamawiający w żaden sposób nie skonfrontował się bowiem z twierdzeniami Odwołującego zawartymi w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które w sposób rzeczowy i kompleksowy wykazały wartość gospodarczą przekazywanych informacji, a do których w całej rozciągłości Odwołujący w tym miejscu się odwołuje. Informacje dotyczące kalkulacji cen odnoszą się zarówno do kategorii założeń organizacyjnych i technologicznych, założeń projektowych i materiałowych, jak również metodologii kalkulacji ceny. Znaczenie i wartość tych informacji Odwołujący szczegółowo wykazywał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, podkreślając ich znaczenie i charakter zwłaszcza w kontekście formuły „zaprojektuj i wybuduj” (vide lit. a) – c) uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa). Odwołujący nie będzie powielał pełnej argumentacji szczegółowo zaprezentowanej w ramach tego dokumentu, w tym miejscu pragnie jedynie podkreślić, że: pomysły na realizację zamówienia i zastosowane optymalizacje są indywidualnymi rozwiązaniami właściwymi wykonawcy, których kopiowanie i wykorzystanie przez wykonawców konkurencyjnych doprowadziłoby do zaoszczędzenia przez inne podmioty kosztów własnej pracy koncepcyjnej, obniżając możliwości konkurowania Odwołującego w przyszłości, co stanowi wyraz istotnej i wymiernej wartości gospodarczej; dobór rozwiązań projektowych zastosowanych przez Odwołującego stanowi wyraz jego autorskich rozwiązań, wynikających z doświadczenia i przetestowania na innych kontraktach określonych założeń projektowych, których odtajnienie i skopiowanie przez wykonawców konkurencyjnych nie tylko wpłynęłoby na konkurencyjność składanych przez Odwołującego ofert ale też pozwoliłoby konkurentom na identyfikację „preferowanych” przez

Odwołującego kontraktów, w ramach których jego zweryfikowane założenia projektowe mogłyby być zastosowane; sposób budowania ceny przez Odwołującego stanowi indywidualną, właściwą mu metodologię, której odtajnienie może doprowadzić do utraty pozycji konkurencyjnej przez Odwołującego, o tyle, że wykonawcy konkurencyjni pozyskaliby wiedzę w jakich obszarach możliwe jest obniżenie kosztów i do jakiego poziomu, co w sposób wymierny i oczywisty mogłoby odbić się na procesie ofertowania w kolejnych postępowaniach, świadcząc tym samym o istotnej wartości gospodarczej tych informacji. Dla unaocznienia tego, jakiego rodzaju informacje zostały zawarte w wyjaśnieniach przedstawionych przez Odwołującego i tego, że należą one do ww. kategorii danych wrażliwych, których zasadność utajnienia została wykazana w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący przedstawił zestawienie tabelaryczne, z rozróżnieniem na treść wyjaśnień zamieszczonych w piśmie z 31.05.2022 r. i w piśmie z 17.06.2022 r.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach pisma z wyjaśnieniami z 17.06.2022 r. doprecyzowywał udzielone wcześniej w zakresie odpowiednich punktów odpowiedzi, a zatem, by postąpić konsekwentnie, zastrzegał również informacje przekazywane w ramach kontynuacji i uzupełnienia wyjaśnień. Dodatkowo, jeśli chodzi o zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje dotyczące pytania nr 40 (bieżące i zimowe utrzymanie drogi), Odwołujący podkreślił, że w ramach odpowiedzi na wskazane pytanie podaje konkretną kwotę, która wynika z przyjętych indywidualnie założeń realizacyjnych. Wydaje się oczywistym, że wypracowane na przestrzeni lat przez wykonawcę pomysły na organizację budowy, wycenę kontraktu czy zastosowane rozwiązania projektowe stanowią dla wykonawcy istotną i wymierną wartość. Równie oczywistym jest to, że skoro Odwołujący nie ujawnia tych informacji, to nie ma możliwości przedstawienia dowodu w jaki konkretnie sposób pozycja Odwołującego uległaby zmianie, gdyby zostały one odtajnione i powielone przez konkurencję w kolejnych postępowaniach. Odtajnienie tego typu indywidualnych założeń koncepcyjnych na tę konkurencyjność może mieć wpływ. Dlatego też, wykazywanie wartości gospodarczej tych informacji nie wymaga dowodu, a rzeczowe uzasadnienie zaprezentowane w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego całkowicie wypełnia wymagania z art. 18 ust. 3 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że zaprezentował logiczną argumentację wskazującą na ciąg przyczynowo - skutkowy związany z kosztami wytworzenia danych informacji (koncepcji realizacyjnych i projektowych) i ich ewentualnego wykorzystania przez konkurencję, wskazał i wyjaśnił indywidualny proces powstawania tego rodzaju koncepcji i konkretne zagrożenie dla jego pozycji na rynku (pozbawienia narzędzia konkurencyjnego umożliwiającego obniżanie ceny; identyfikacja postępowań „preferowanych” przez Wykonawcę).

W ocenie Odwołującego, o ile Zamawiający w sposób skrótowy i lakoniczny, ale do pewnych informacji w zakresie wyjaśnień się odniósł, to jednak przygotowane również i w tym zakresie uzasadnienie trudno zakwalifikować jako rzeczową polemikę z twierdzeniami zaprezentowanymi przez Odwołującego, wykazującymi zasadność zastrzeżenia informacji zawartych w treści wyjaśnień. W związku z tym, taka konstrukcja uzasadnienia odtajnienia determinuje, że co do samej zasady należałoby uznać, że próba dokonania odtajnienia tego dokumentu nie została skutecznie przeprowadzona. Zamawiający, pełniąc funkcję „gospodarza postępowania” zobowiązany jest do dołożenia wszelkiej staranności, by przekazywać wykonawcom swoje decyzje w sposób maksymalnie przejrzysty, spójny i kompleksowy, w szczególności w zakresie dokonywanych przez siebie czynności związanych z kwestiami wycen, relacji z podwykonawcami i potencjału realizacyjnego. Podobnie jak Odwołujący z dalece posuniętą ostrożnością decyduje jakie informacje uznaje za szczególnie wrażliwe, tak również od Zamawiającego oczekuje się indywidualnego podejścia i ostrożności w odniesieniu do swoich dokumentów i ich zawartości. Tymczasem Zamawiający w istotnej części informacji o odtajnieniu odnosi się do poszczególnych danych w sposób lakoniczny i blankietowy, utrudniając szczegółowe odniesienie się do wszystkich powoływanych argumentów. Ponadto, również w istotnej części informacji Zamawiający ogranicza się do zacytowania fragmentów wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które ze względu na swój ogólnikowy charakter mogłyby pasować do każdego typu zastrzeganych informacji. W ocenie Odwołującego, w okolicznościach związanych z ochroną tajemnicy przedsiębiorcy, Zamawiający powinni wykazać się raczej przenikliwością i podejściem znacznie bardziej analitycznym do omawianych informacji, co w konsekwencji powinno prowadzić do formułowania szerszego i bardziej wnikliwego uzasadnienia dokonania odtajnienia. Odwołujący stwierdził, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odpowiedzi również z pisma z 17.06.2022 r. należą do kategorii założeń organizacyjnych i technologicznych, projektowych i materiałowych, jak również metodologii kalkulacji ceny, które to kategorie danych zasługują na ochronę, wykazaną w sposób dostateczny w ramach uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro odpowiedzi stanowiły doprecyzowanie wcześniej przekazanych wyjaśnień, cechują się one określonym poziomem szczegółowości, wzmagającym konieczność ochrony.

Odnosnie do podjęcia kroków zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, Odwołujący stwierdził, że opisał bardzo szczegółowo szereg czynności podejmowanych w ramach jego organizacji w celu ochrony poufności zastrzeganych danych. Przykładowo, w ramach pisma z 31.05.2022 r. poinformował Zamawiającego, że podejmuje szereg działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, do których należy między innymi kontrola dostępu do informacji, zawieranie umów

o zachowaniu poufności, wdrożenie specyficznego systemu obiegu dokumentów, funkcjonowanie zabezpieczonego systemu informatycznego, w tym bazy danych obejmującej szczegóły poszczególnych ofert i kontraktów Wykonawcy i wiele innych, przy czym katalog podejmowanych działań jest ciągle rozbudowywany. O szczegółach stosowanych rozwiązań Zamawiający został poinformowany w ramach uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a fakt, że Zamawiający w treści pisma z odtajnieniem wskazuje na brak wykazania podjęcia szczególnych środków w celu ochrony przedstawionych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa ponownie świadczy o niespójności dokonanej czynności odtajnienia.

Na zakończenie obydwu odwołań Odwołujący stwierdził, że zastrzeżone przez niego informacje, dokumenty, pliki i załączniki posiadają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą, a ponadto dotyczą założeń organizacyjnych i technicznych przygotowywanych na bieżąco w ramach organizacji, odnoszą się do metodologii kalkulacji ceny, a także zawierają informacji wynikające z ofert podwykonawców i dane osobowe osób uczestniczących w wycenie oferty. W konsekwencji, zastrzeżone informacje zawierają dane dotyczące sposobu realizacji zadania i stosowanych rozwiązań, a okoliczności te implikują obowiązek ich ochrony. Zamawiający (różne Oddziały, w tym też Oddział w Lublinie) dotychczas uznawał zasadność uznania zastrzeganych przez Odwołującego informacji i dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim Odwołujący podtrzymuje zastrzeżenie. Odwołujący przedstawił zestawienie przypadków postępowań, w których w ramach oferty załączał analogiczne dokumenty, których tajność została respektowana.

W podsumowaniu odwołań Odwołujący podkreślił, że w realiach zwyczajów handlowych i specyficznej praktyki branży budowlanej, w szczególności w czasie wyjątkowo newralgicznym z uwagi na nową rzeczywistość gospodarczą, w jakiej branża obecnie się znajduje, zastrzegane przez niego informacje i dokumenty mają poufny i wrażliwy charakter, zdecydowanie stanowiąc podstawową płaszczyznę uzyskiwania przewagi konkurencyjnej. W ramach dokonanego przez siebie zastrzeżenia Odwołujący podjął działania jak najmniej dolegliwe zarówno dla konkurencji, jak i samego Zamawiającego, zastrzegając jedynie niezbędną część przedstawianych przez siebie danych. Wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący w sposób spójny i wyczerpujący wykazał zaistnienie przesłanek umożliwiających dokonanie skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności wykazując wartość gospodarczą danych i wymieniając przykładowe środki ochrony, które zostały wdrożone w ramach organizacji w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. W przeciwieństwie do postawy Zamawiającego, Odwołujący zademonstrował aktywną postawę w odniesieniu do dokonywanego zastrzeżenia, wykazywania waloru i charakteru zastrzeganych danych, a także odwołał się logicznego

ciągu przyczynowo - skutkowego charakteryzującego dokonywane przez siebie zastrzeżenie. Z uwagi na lakoniczne, ogólnikowe i blankietowe uzasadnienie dokonanego odtajnienia, miał utrudnione (jeśli nie w ogóle niemożliwe) zadanie polegające na odniesieniu się do argumentacji zasadności czynności Zamawiającego.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na każde z odwołań wniósł o ich oddalenie, uznając zarzuty za niezasadne i przedstawiając argumentację na tę okoliczność.

W uzasadnieniu swojego stanowiska, powołując się na przywołane orzecznictwo Izby, Zamawiający wskazał m.in., że dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca zobowiązany jest nie tylko wykazać wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk, ale też jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca, wykazując prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może poprzestać na ogólnikowych, lakonicznych stwierdzeniach i zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą są prawidłowo zastrzeżone. W sprawie KIO 1957/22 stwierdził także, że Wykonawca w odwołaniu podnosi, że wystarczającym środkiem do wykazania spełnienia ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest samo oświadczenie Wykonawcy. Nadto Odwołujący przedstawiając definicję terminu „wykazać” ze słownika PWN pominął dalszą część tej definicji, gdzie zostało wskazane, że „wykazać się” oznacza „udowodnić, że ma się określone kwalifikacje, umiejętności, cech charakteru”, okazać dokumenty potwierdzające coś”, co pokazuje, że „wykazanie” jest bliższe udowodnieniu, niż wyjaśnieniu (złożeniu oświadczenia z „rzeczowym” uzasadnieniem).

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego w postaci: wydruku ze strony internetowej dotyczącego współpracy Odwołującego z Lotos Asphalt, załącznika nr 4 – Wzór tabeli rozliczeniowej, Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych, Opisu przedmiotu zamówienia, załącznika nr 1 do umowy, skróconego sprawozdania finansowego Budimex S.A. za I kwartał 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości od każdego z odwołań został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w odniesieniu do obydwu odwołań ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Z uwagi na analogiczną treść zastrzeżeń informacji dokonanych przez Odwołującego, które podlegały ocenie Zamawiającego, pomimo, iż np. w postępowaniu dotyczącym odcinka nr 9 Odwołujący w piśmie z 31 maja 2022 r. nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa co do części III wyjaśnień, zawierającej szczegółowe wyjaśnienia ceny oferty, przytoczenia w tym miejscu wymaga przykładowe uzasadnienie jednego z nich oraz stanowisko Zamawiającego.

Sygn. akt 1957/22

W piśmie z 17.06.2022 r. Odwołujący wskazał:

I. UZASADNIENIE TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA

Przepis art. 18 ust. 1 Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jednocześnie jednak ustawodawca w ust. 3 wskazanego przepisu jednoznacznie wskazał, że 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.

W świetle przywołanego przepisu Wykonawca jest więc uprawniony do zastrzeżenia składanych dla potrzeb Postępowania informacji, jeżeli informacje te stanowią – tak, jak w niniejszym przypadku – tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

W ślad za przywołanym powyżej art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) przypomnieć należy, że 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. Na mocy art. 11 ust. 4

uznane wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Powołana definicja stanowi implementację do polskiego porządku prawnego definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa” zawartej w art. 2 pkt. 1 Dyrektywy PE i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz.U.UE.L.2016.157). Definicja ta z kolei pokrywa się z definicją zawartą w art. 39 ust. 2 Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej, stanowiącego załącznik do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), sporządzonego w Marrakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r. (dalej: TRIPS). Wedle postanowień TRIPS tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje, które:

- są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zespole ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które normalnie zajmują się tym rodzajem informacji,
- mają wartość handlową dlatego, że są poufne,
- poddane zostały przez osobę, pod której legalną kontrolą informacje te pozostają rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich poufności.

W literaturze przedmiotu wyrażono opinię, że „mimo pewnych różnic terminologicznych art. 39 ust. 1 i 2 TRIPS i art. 11 ZNKU określają analogicznie przedmiot ochrony, tzn. poufne (nieujawnione) informacje, które posiadają określoną wartość gospodarczą [Tak np. A. Michalak, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, s. 139]. Zdaniem E. Traple "przedmiot regulacji art. 39 TRIPS i art. 11 ZNKU, mimo różnicy terminologicznej, jest ten sam" [zob. E. Traple, Ochrona informacji, s. 7]. Por. wyr. SN z 13.2.2014 r. (V CSK 176/13, Legalis): "Podobną definicję tajemnicy przedsiębiorstwa [co art. 11 ZNKU – przyp. aut.] zawiera art. 39 ust. 2 TRIPS [...] Z obu tych definicji wynika, że chodzi o informacje związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, mające wartość gospodarczą, objęte tajemnicą przez przedsiębiorcę i nieujawnione do wiadomości publicznej" (zob. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja 2019).

Definicję „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 2 uznane należy więc rozumieć w sposób zgodny ww. definicjami pochodzącymi z prawa wspólnotowego i międzynarodowego.

W obecnym stanie prawnym, dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Informacje przedstawione w niniejszych wyjaśnieniach oraz dołączonych do nich dokumentach spełniają wszystkie ww. przesłanki, co zostanie wykazane poniżej.

Ad. 1) Charakter oraz wartość gospodarcza informacji

Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem mają charakter technologiczny i organizacyjny oraz przedstawiają dla Wykonawcy określoną wartość gospodarczą.

Jednocześnie stanowią one gotowy pakiet informacji, opisujący w sposób kompleksowy know-how Wykonawcy.

a) Założenia organizacyjne i technologiczne (sposób wykonania zamówienia) przyjęty jako podstawa do kalkulacji ceny.

"Informacja techniczna obejmuje całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym, natomiast informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy sposobów wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania" (zob. wyr. WSA w Warszawie z 15.3.2012 r., II SA/Wa 128/12).

Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem (pkt III Wyjaśnień) wskazują na przyjęty przez Wykonawcę sposób wykonania zamówienia (nie tylko w jego aspektach technicznych, ale przede wszystkim organizacyjnych), prezentując unikalne dla Wykonawcy rozwiązania organizacyjne i technologiczne. Rozwiązania te zostały opisane jako podstawa wyceny zastosowanej przez Wykonawcę dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej.

Rozwiązania, o których tu mowa, mimo iż dobrane z uwzględnieniem wymogów SWZ Postępowania, mają stałe zastosowanie u Wykonawcy (mają względnie stały walor), tj. są to rozwiązania powtarzalne, stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy dla kolejnych składanych przez niego ofert i realizowanych zamówień. Rozwiązania te zostały opracowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy na przestrzeni lat jego działalności i są wynikiem jego doświadczeń z realizacji podobnych zamówień. Jest to tzw. know – how przedsiębiorstwa Wykonawcy pokazujące, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany (jaki

prace wykonuje siłami własnymi, jakie zakresy prac powierza podwykonawcom, w jaki sposób dobiera podwykonawców i na jakich zasadach współpracuje z nimi, jakie rozwiązania techniczne dobiera z pośród rozwiązań dopuszczalnych przepisami SWZ, jakie ma preferencje co do metod obniżenia kosztów wykonania zamówienia i jakie preferuje metody optymalizacji z pośród dozwolonych SWZ, jak organizuje sam proces budowlany – jaki przyjmuje harmonogram robót, jakie koszty wykonania zamówienia ponosi i jak przypisuje koszty do poszczególnych grup robót itd.).

Przedstawione przez Wykonawcę informacje w pkt III Wyjaśnień stanowią więc swoistą metodologię wykonywania przez Wykonawcę tego typu zamówień, a jednocześnie – o czym szerzej poniżej – metodologię wyliczenia ceny ofertowej dla tego typu zamówień.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również „Izba” lub „KIO”) potwierdza, że przygotowana przez wykonawcę Metoda realizacji zamówienia jest bowiem dedykowana dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Wykonawca, podobnie jak i inni wykonawcy ubiegający się o to przedmiotowe zamówienie, zaproponował indywidualne i niepowtarzalne opracowanie. Opracowanie zostało przygotowane w oparciu o informacje, które nie są powszechnie dostępne, gdyż nie jest możliwe ich uzyskanie. Stanowią one know-how danego wykonawcy w oparciu, o który każdy z wykonawców przygotował złożone w postępowaniu opracowanie. Złożone wraz z ofertą opracowanie (Metoda realizacji zamówienia) nie jest więc standardowe, zostało przygotowane specjalnie dla potrzeb tego konkretnego postępowania i jako takie zostało potraktowane niemal przez wszystkich uczestników postępowania, w tym i odwołującego. Dlatego też objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa uznać należy za dopuszczalne i nienaruszające przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (wyrok KIO z dnia 14 września 2015 r., sygn. akt KIO 1809/15, KIO 1823/15, KIO 1829/15). Ponadto, w wyroku Izby z dnia 3 stycznia 2014 r., sygn. akt. KIO 2875/12, Izba wprost uznała, że koncepcja realizacji zamówienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zawiera ona informacje technologiczne oraz organizacyjne.

Wyrok ten ma odniesienie także do informacji objętych przedmiotowymi wyjaśnieniami, zawierają one bowiem informacje technologiczne (techniczne) i organizacyjne właściwe tylko dla Wykonawcy (nie wynikające z SWZ), co zresztą wynika z samego wezwania do wyjaśnień.

Zastrzegane informacje pokazują opracowane przez Wykonawcę przez lata jego funkcjonowania na rynku indywidualne rozwiązania technologiczne, metody zarządzania projektem, w tym zasady organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów itd. Każdy opracowywany przez Wykonawcę dokument zawiera także elementy niepowtarzalne,

autorskie, tj. koncepcja realizacji zamówienia jest każdorazowo dostosowywana do wymagań konkretnego zamawiającego oraz specyfiki samej umowy, którą Wykonawca miałby realizować. Dokumenty te precyzują przedmiot, koszt, czas i zakres projektu, potrzeby i oczekiwania Zamawiającego oraz wymagania (techniczne i użytkowe, zarówno jasno w dokumentacji zdefiniowane, jak i niezdefiniowane, a ustalane na podstawie wiedzy Wykonawcy).

Swobodny dostęp konkurencji do informacji zawartych w zastrzeganych dokumentach mógłby zatem prowadzić do kopiowania tych rozwiązań do własnych ofert i wykorzystywania ich w innych przetargach, co z kolei niwelowałoby przewagę konkurencyjną Wykonawcy, którą wypracował sobie przez lata, optymalizując procesy gospodarcze, w tym technologiczne i techniczne rozwiązania. Ujawnienie informacji zastrzeganych mogłoby więc spowodować powstanie po stronie Wykonawcy szkody równej co najmniej zyskom, jakie Wykonawca mógłby uzyskać, realizując podobne zamówienia.

Warto przy tym zaznaczyć, że Wykonawca poniósł wymierne, choć trudne do wyliczenia, koszty związane z opracowaniem rozwiązań organizacyjnych i technologicznych opisanych niniejszymi Wyjaśnieniami. Wykonawca zbiera i analizuje dane z każdego realizowanego przez siebie kontraktu oraz zleca audyty podmiotom zewnętrznym. Są to setki godzin pracy, a więc i określone koszty dla Wykonawcy. Na podstawie tych danych Wykonawca przyjął określone rozwiązania, które - w razie potrzeby ujawnianej na bieżąco - koryguje. Rozwiązania, o których tu mowa, są sprawdzone w praktyce, co istotnie podnosi ich wartość gospodarczą. Nie każde z rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę w przeszłości sprawdziło się i część z nich spowodowała straty po stronie Wykonawcy. Jednakże Wykonawca jako organizacja uczy się, nabiera doświadczenia i rozwiązania, jakie po dziesiątkach lat działalności na rynku wdrożył u siebie, są rozwiązaniami sprawdzonymi, pozwalającymi na istotne obniżenie kosztów działalności Wykonawcy i realizacji tego typu zamówień. Wykonawcy konkurencyjni, którzy chcieliby wdrożyć rozwiązania stosowane przez Wykonawcę, oszczędziliby więc koszty, jakie Wykonawca poniósł w przeszłości dopracowując obecnie stosowane przez siebie rozwiązania organizacyjne i technologiczne.

Tym samym informacje te mają wartość gospodarczą, o jakiej mowa w powołanych na wstępie przepisach.

Przepis art. 11 ust. 2 ZNKU stanowi, że ochrona dotyczy tylko takich poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej

konkurencji. W doktrynie wyrażono pogląd, że "pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie" [zob. A. Michalak, *Deliktowa i kontraktowa ochrona*, s. 32]. (...) W istocie sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych może potwierdzać ich wartość gospodarczą. Tę myśl w sposób pozornie zawierający błąd logiczny zdaje się wyrażać druga przesłanka definicyjna ujęta w art. 39 ust. 2 lit. b TRIPS i art. 2 pkt 1 lit. b dyrektywy 2016/943 – tajemnice przedsiębiorstwa to informacje mające "wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą". (zob. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab. Janusz Szwaja 2019).

Jak wynika z powyższego, „wartość gospodarcza” zastrzeganych informacji, choć stanowi konieczną przesłankę uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym, w szczególności ustawodawca nie wymaga by wartość ta osiągnęła określony poziom.

Zasadnie przy tym Izba przypomina w wyroku z dnia 22 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 715/21, że „Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.”

O ile więc w pewnych przypadkach wartość gospodarcza zastrzeganych informacji może zostać wyceniona w określony sposób (Izba zasadnie powołuje się tu na przykład wyceny znaków towarowych, patentów itp.), o tyle w szeregu przypadków – i to jest jeden z nich – przedsiębiorca nie dysponuje „gotową” wyceną wartości danej informacji, jednakże już sama okoliczność, że jej ujawnienie może wiązać się z potencjalną szkodą dla przedsiębiorstwa (przy czym bez znaczenia pozostaje wysokość tej szkody) pozwala na przyjęcie, że dana informacja ma „wartość gospodarczą”.

W kontekście powyższego warto powołać również wyrok Izby z dnia 20 listopada 2020, sygn. akt KIO 2781/20:

W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z przesłanek (z art. 11 uznk – przypis autora). W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości

lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia wykonawcy - szczegółowo odnoszącego się do charakteru informacji, w korelacji z samą informacją i sposobem jej przedstawienia.

Powyższy wniosek Izby co do sposobu spełnienia przez Wykonawcę ciążącego na nim na mocy art. 18 ust. 3 Pzp ciężaru dowodowego jest jak najbardziej zasadny i pozostaje aktualny w obecnym stanie prawnym. Skoro pojęcie „wartości gospodarczej” wiązać należy także z możliwością potencjalnej szkody przedsiębiorcy, a sama wysokość owej szkody jest dla ustalenia, czy dana informacja ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa kwestią wtórną, nie sposób oczekiwać od Wykonawcy, że przedstawi on kalkulację, wycenę, czy inny dokument wykazujący wartość zastrzeganych informacji. Z punktu widzenia omawianych przepisów wystarczające jest przedstawienie rzeczowego wyjaśnienia ze strony Wykonawcy (co Wykonawca niniejszym czyni), które to wyjaśnienie Zamawiający i Izba, zestawiając z treścią zastrzeganych informacji, mogą ocenić.

b) Przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania techniczne – projektowe, materiałowe itp.

Niniejsze Postępowanie prowadzone jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Wykonawcy uczestniczący w Postępowaniu nie otrzymują więc od zamawiającego gotowej dokumentacji projektowej, zgodnie z którą mają wykonać roboty budowlane, lecz jedynie pewne wytyczne odnośnie tego, jakie cechy, właściwości czy parametry ma osiągnąć gotowy obiekt budowlany.

Wykonawca, przed złożeniem oferty w Postępowaniu prowadzonym w takiej formule, musi więc przeanalizować wszystkie dostępne, a zarazem zgodne z wymaganiami SWZ rozwiązania projektowe i spośród nich dobrać te, które pozwolą zrealizować zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego przy możliwie niskich kosztach własnych wykonawcy. Dobór rozwiązań jest elementem autorskim, unikalnym dla danego Wykonawcy, bowiem wynika z wiedzy i doświadczenia Wykonawcy co do kosztów, czasu i ewentualnych utrudnień organizacyjnych związanych z zastosowaniem danego rozwiązania projektowego nabytych przy realizacji podobnych kontraktów w przeszłości oraz z sytuacji rynkowej, w jakiej znajduje się Wykonawca. Oczywiście pozostaje, że wykonawcy, którzy mają duże doświadczenie w realizacji np. robót mostowych w określonej technologii, chętniej przy kolejnych projektach sięgają po tę właśnie technologię, wykonawcy, którzy mają określony sprzęt, tak projektują roboty by sprzęt ten wykorzystać itd. Z jednej więc strony zastrzegane informacje są nośnikiem wiedzy o tym, w jaki sposób zoptymalizować proces projektowy (jakie rozwiązania materiałowe i projektowe zastosować) by obniżyć koszty realizacji zamówienia, z drugiej zaś wskazują na preferencje wykonawcy co do stosowania

określonych rozwiązań projektowych czy materiałowych. Obie grupy informacji mają ogromną wartość rynkową dla Wykonawcy.

Poznanie przez konkurencyjnych wykonawców stosowanych przez Wykonawcę w celu obniżenia kosztów wykonania zamówienia rozwiązań projektowych może zniwelować jego przewagę konkurencyjną i utrudnić mu ubieganie się o kolejne zamówienia. Wykonawca – na skutek powielenia stosowanych przez niego rozwiązań projektowych - może więc ponieść straty związane z utratą zysków, jakie wygenerowałby realizując kolejne podobne zamówienia oraz dodatkowo może zostać zmuszony do poniesienia dodatkowych kosztów na wypracowanie nowych założeń (preferencji) projektowych. Analogicznie, jak w przypadku rozwiązań organizacyjnych, tak i w przypadku rozwiązań projektowych Wykonawca dokonuje ich doboru przede wszystkim na podstawie własnego doświadczenia. Realizując kolejne zamówienia zbiera informacje odnośnie tego, z jakimi kosztami wiązało się wykonanie zamówienia w określonej technologii, przy zastosowaniu określonych materiałów itp. Porównuje na bieżąco koszty wykonania tych robót przy różnych założeniach projektowych. Na podstawie tej wiedzy, ubiegając się o kolejne zamówienia, odrzuca te rozwiązania projektowe, które mimo iż są zgodne z zapisami SWZ, w przeszłości okazały się nieefektywne kosztowo. Zastrzegane informacje obrazują więc know-how Wykonawcy, której wytworzenie wiązało się z niemożliwymi do wyliczenia godzinami pracy zespołów projektowych i analiz prowadzonych na podstawie danych pochodzących z każdego z realizowanych w ostatnich latach kontraktów.

Zastrzegane informacje wskazują również na preferencje „projektowe” Wykonawcy związane z sytuacją, w jakiej znajduje się Wykonawca (dostępnymi sprzętami, materiałami, umiejętnościami). Wiedza odnośnie tego, jakie rozwiązania projektowe preferuje dany wykonawca może pozwolić konkurencyjnym wykonawcom na przewidzenie stosowanych przez niego strategii biznesowych (ustalić, jakimi zamówieniami będzie najbardziej zainteresowany, w jakich zamówieniach może zaoferować niższą cenę ze względu na swoje preferencje projektowe wskazujące na dostępne dla niego materiały, sprzęt itp.), co również może utrudnić Wykonawcy uzyskiwanie zamówień. Nawet jeśli bowiem konkurencyjni wykonawcy nie skopiują rozwiązań projektowych stosowanych przez Wykonawcę, wiedząc na podstawie zastrzeganych informacji, jakie są preferencje Wykonawcy, mogą zastosować bardziej agresywną politykę cenową (niższe marże) w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których spodziewają się udziału Wykonawcy i niższej ceny z jego strony.

Warto również zaznaczyć, że zazwyczaj – i tak jest również w niniejszej sprawie – wykonawca już na etapie poprzedzającym złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym w formule „zaprojektuj i wybuduj” musi ponieść koszty związane z choćby wstępnym

zaprojektowaniem rozwiązań, które będą przez niego stosowane. Materiały te stanowią podstawę do wyceny oferty, zwłaszcza zaś służą ustaleniu ilości robót do wykonania. Ustalenie ilości robót do wykonania następuje przy tym przede wszystkim na podstawie wiedzy i doświadczenia wykonawcy wynikających z realizacji w przeszłości robót podobnych. Wstępne projekty, szkice założeń, analizy możliwych rozwiązań projektowych czy materiałowych itp. są bazą do ustalenia ilości robót do wykonania, ale wykonawca nie dysponując szczegółowymi projektami wykonawczymi, na ową bazę musi „nałożyć” własne założenia co do ilości robót do wykonania oparte właśnie o doświadczenia z innych kontraktów. Zastrzegane informacje pozwalają odtworzyć know-how Wykonawcy także w tym obszarze, tj. pozwalają ustalić, jaką ilość robót do wykonania zakłada Wykonawcy przy przyjęciu określonego rozwiązania projektowego. Poznanie przyjętych przez Wykonawcę w tym obszarze standardów również może zniwelować przewagę konkurencyjną Wykonawcy – rozwiązania wypracowane przez Wykonawcę przez lata jego działalności, przy dużych nakładach finansowych, mogą bez dodatkowych kosztów zostać skopiowane przez konkurencyjnych wykonawców, co może utrudnić Wykonawcy ubieganie się o kolejne zamówienia.

Reasumując tą część uzasadnienia podkreślić należy, że załączone do niniejszych wyjaśnień założenia projektowe, czy zawarte w części szczegółowej wyjaśnień (w tym w odpowiedziach na poszczególne pytania Zamawiającego) informacje o przyjętych przez Wykonawcę rozwiązaniach projektowych stanowią informacje techniczne i zarazem mają istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą. Projekty budowlane częstokroć nie mają na rynku takiej wartości, jednak w realiach niniejszej sprawy informacje o przyjętych rozwiązaniach projektowych stają się jedną z kluczowych z punktu widzenia Wykonawcy informacji, determinujących wysokość zaoferowanej ceny. Informacja o przyjętych rozwiązaniach projektowych jest podawana bowiem w sytuacji, gdy znane są zapisy SWZ określające wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, jest powiązana z kosztami realizacji zamówienia podawanymi w części kalkulacyjnej wyjaśnień oraz z założeniami organizacyjnymi, technologicznymi itp. związanymi z realizacją robót. Poprzez zestawienie jej z dodatkowymi danymi i umiejscowienie w określonym kontekście (w tym w kontekście zapisów SWZ) wskazuje ona na preferencje Wykonawcy i przyjęte przez niego rozwiązania w celu optymalizacji kosztów wykonania zamówienia (preferencje i rozwiązania mające względnie stały charakter, tj. powtarzalne przy większej liczbie zamówień realizowanych w formule zaprojektuj i wybuduj). Odtworzenie ich przez konkurencyjnych wykonawców może wiązać się z istotną szkodą po stronie Wykonawcy, w tym może utrudnić lub uniemożliwić mu efektywne ubieganie się o kolejne zamówienia (powodując utratę planowanych zysków).

Stanowisko o posiadaniu przez tego typu informacje wartości gospodarczej potwierdza orzecznictwo Izby. Przykładowo wskazać w tym miejscu można na wyrok Izby z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 493/21, w którym czytamy: Skład orzekający Izby nie podzielili także zapatrywania odwołującego, że brak nowatorskiego charakteru rozwiązań przyjętych przez konsorcjum do realizacji zamówienia przekreśla zasadność kwalifikacji informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Także taka informacja może posiadać i dla konsorcjum ma, niezależnie od jej kwalifikacji jako informacji technicznej, technologicznej czy organizacyjnej, wartość gospodarczą. Wielość doborów przyjętych rozwiązań, choć nie są one nowatorskie, a sam dobór może być ograniczony zamkniętym katalogiem rozwiązań, ma wartość gospodarczą wyrażającą się w optymalizacji kosztów realizacji zamówienia, tak istotnej w postępowaniu, w którym - jak przedmiotowe - zamawiający przypisuje 60% znaczenie kryterium ceny. Innymi słowy, skoro wykonawcy konkurują głównie ceną, a dobór rozwiązań powoduje zmniejszenie kosztów i możliwość zaoferowania najkorzystniejszej ceny, to sama czynność doboru technologii wykonania zamówienia posiada wartość handlową, która wprost przekłada się na możliwość wygrania przetargu, o czym świadczą złożone w postępowaniu oferty. Konsorcjum, korzystając ze swojego know-how, dobrało najbardziej optymalne rozwiązania do wymogów przetargu, co pozwoliło mu na zaoferowanie najniższej ceny i niezależnie od tego, że wyboru dokonano z kilku standardowych, znanych wykonawcom technologii, tutaj istotna jest wiedza i doświadczenie wykonawcy, który potrafi tak dobrać i skonstruować ofertę z dostępnych elementów, aby wygrać przetarg. Izba uznała za wiarygodne, mając na uwadze treść złożonych ofert w postępowaniu i poziom zaoferowanych cen, że umiejętność skonstruowania oferty - wybrania konkretnych rozwiązań z dostępnych na rynku, wynikająca z wiedzy i doświadczenia wykonawcy, stanowi wartość, która posiada cechy tajemnicy gospodarczej, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

c) Metodologia kalkulacji ceny ofertowej

Wykonawca wskazuje, że podobnie podejść należy do oceny wartości gospodarczej dalszych zastrzeganych informacji, tj. w szczególności informacji o sposobie wyliczenia ceny ofertowej wynikających z pkt III Wyjaśnień.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez Wykonawcę sposobów realizacji zamówienia (o których mowa była powyżej), rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy) i których z założenia nie udostępnia się podmiotom trzecim.

Do tego aspektu kalkulacji ceny ofertowej nawiązuje Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 19 marca 2015r., sygn. akt X Ga 76/15, w którym zwrócono uwagę, że skoro celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, to „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. 11 rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności”. Sąd podniósł w tym kontekście, że uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego.

Niniejsze Wyjaśnienia, w szczególności zaś ich pkt III zawierający kalkulacje poszczególnych pozycji rozliczeniowych i opisy założeń przyjętych do kalkulacji, są właśnie takimi informacjami, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu. Informacje te w sposób szczegółowy pokazują, w jaki sposób Wykonawca ustalił wartość danej pozycji rozliczeniowej – jakie koszty przypisał do danej pozycji i w jaki sposób je ustalił. Pokazują także, w jaki sposób Wykonawca identyfikuje ryzyko i jak przypisuje je do pozycji rozliczeniowych, co znajduje odzwierciedlenie przede wszystkim w przypisywanej do danej pozycji marży (zysk).

Konieczność ochrony takich informacji, z uwagi na fakt, iż w sposób oczywisty mają one dla wykonawcy określoną wartość gospodarczą, podkreśla Izba w szeregu swoich wyroków, m. in. w wyroku z dnia 14 maja 2013r., sygn. akt KIO 908/13, w wyroku z dnia 22 listopada 2013r., sygn. akt KIO 2602/13, czy w wyroku z dnia 11 lutego 2013r., sygn. akt KIO 175/13, w którym Izba stwierdziła: „Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Do kwestii tej nawiązuje Izba również w przywołanym już powyżej wyroku z dnia 22 kwietnia 2021r., sygn. akt KIO 715/21, wyjaśniając, że „Za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny

stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku (...). Nie jest uzasadnione zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy mające ogólny charakter i nie pozwalające na stwierdzenie, iż ten wykonawca wykazał łącznie spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W niniejszym przypadku wymóg szczegółowości przedstawianych informacji jest spełniony – wyjaśnienia Wykonawcy są konkretne, w sposób jednoznaczny i szczegółowy pokazują, w jaki sposób Wykonawca doszedł do określonej ceny, co jak słusznie podkreśla Izba pozwala na uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa – ze względu na swoją szczegółowość zastrzegane przez Wykonawcę informacje co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej mają wartość gospodarczą i w praktyce stanowią o konkurencyjności Wykonawcy na rynku.

Analogicznie jak powyżej, ujawnienie tak szczegółowych informacji o sposobie kalkulacji cen ofertowych przez Wykonawcę mogłoby zniwelować jego przewagę konkurencyjną na rynku i doprowadzić do szkody równej co najmniej zyskom, jakie Wykonawca mógłby uzyskać realizując kolejne zamówienia. Przyjęcie metod kalkulacji ceny stosowanych przez Wykonawcę przez podmioty konkurencyjne mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której Wykonawca nie uzyska kolejnych zamówień lub w celu ich uzyskania będzie musiał obniżyć oczekiwany zysk. Nie sposób także wykluczyć i takiej sytuacji, że na skutek ujawnienia informacji zastrzeganych Wykonawca będzie musiał ponieść dodatkowe koszty w celu utrzymania pozycji konkurencyjnej na rynku – koszty związane z wypracowaniem nowych rozwiązań na optymalizację kosztów wykonania zamówienia.

Wartość gospodarcza zastrzeganych informacji polega przy tym nie tylko na tym, że pozwalają one na uzyskiwanie przez Wykonawcę zamówień na warunkach dla niego korzystnych, ale także i na tym, że Wykonawca wypracowując je przez lata swojej działalności poniósł określone koszty z tym związane – koszty, które inne podmioty, znając rozwiązania Wykonawcy, mogłyby oszczędzić. Strategia budowania cen ofertowych jest tworzona na bazie doświadczeń z realizacji innych zamówień, analiz bieżących kosztów Wykonawcy i oceny co do tego, w jaki sposób dane koszty będą zachowywały się w kolejnych miesiącach i latach. Zebranie tego typu informacji i ich analiza to godziny pracy zespołów kosztorysowych i osób zarządzających spółką.

Na marginesie powyższego zaznaczyć należy, że informacje przedstawione w pkt III Wyjaśnień i załącznikach do nich nie można postrzegać wyłącznie jako kalkulacji konkretnej ceny ofertowej, ale jako odzwierciedlenie pewnej strategii budowania ceny stosowanej w całym przedsiębiorstwie Wykonawcy. Z uwagi na powtarzalność rozwiązań kosztorysowanych stosowanych przez Wykonawcę przy wyliczeniu tej i innych cen

ofertowych, zastrzegane informacje stanowią odzwierciedlenie całego - know-how przedsiębiorcy w zakresie budowania cen ofertowych. d) Informacje wynikające z ofert podwykonawców

Podobnie ocenić należy wartość gospodarczą zastrzeganych informacji co do podwykonawców – podmiotów, z którymi współpracuje Wykonawca.

Dobór podwykonawców, po pierwsze, odzwierciedla stosowaną przez Wykonawcę dla potrzeb wszystkich zamówień strategię pozyskiwania materiałów, usług oraz dobór sposobu realizacji robót. Mowa tu o przemyślanej i sprawdzonej strategii, właściwej wyłącznie Wykonawcy, która ma wpływ na kalkulację ceny przyjętą na etapie ubiegania się o zamówienie. Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą mu osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Jak wynika z doświadczeń Wykonawcy, przedsiębiorcy o zbliżonych do Wykonawcy cechach, prowadzący działalność na podobną skalę, tj. posiadający podobne doświadczenie, rozeznanie rynku, infrastrukturę, zaplecze techniczne i osobowe etc., nie są w stanie nawiązać tak atrakcyjnych cenowo warunków współpracy z podwykonawcami. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań zamawiającego, stanowiąc więc bezsprzecznie jego know - how o istotnej dla utrzymania jego pozycji konkurencyjnej wartości gospodarczej.

Wykonawca wskazuje przy tym, że na podstawie ofert załączonych do niniejszych Wyjaśnień można ustalić listę kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, która to informacja ma istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy.

Wykonawca podkreśla, że przez lata prowadzonej przez siebie działalności wyselekcjonował grupę sprawdzonych podwykonawców, z którymi współpracuje przy każdym z kolejnych realizowanych przez siebie zamówień. Proces doboru tych kontrahentów był procesem długotrwałym i kosztownym. Wykonawca najpierw musiał wytypować potencjalnych kontrahentów, kolejno zweryfikować, czy oferowane przez nich usługi lub produkty spełniają wymagania SWZ i samego Wykonawcy oraz czy podmioty te posiadają odpowiedni sprzęt, wystarczające doświadczenie itd. W dalszym kroku Wykonawca poniósł koszty związane z negocjowaniem i zawarciem z nimi umów. Jednak z praktycznego punktu widzenia największą wartością dodaną jest to, że przy kolejnych realizowanych kontraktach Wykonawca weryfikował rzetelność, terminowość i jakość produktów i usług oferowanych przez te podmioty, eliminując z grona swoich kontrahentów podmioty, z którymi współpraca była niezadawalająca. Lista kontrahentów Wykonawcy, która jest możliwa do odtworzenia z

zastrzeganych dokumentów, nie jest więc listą podmiotów działających na danym rynku, lecz wyselekcjonowanym zbiorem wysoko wyspecjalizowanych, rzetelnych podwykonawców, z którymi warto nawiązać współpracę.

Ujawnienie tych informacji mogłoby wyrządzić Wykonawcy istotną szkodę. Wykonawca mógłby utracić przewagę konkurencyjną budowaną przez lata, bowiem konkurencji mogliby nawiązać współpracę z tymi samymi podmiotami, nie ponosząc uprzednio kosztów związanych z opisanym powyżej procesem weryfikacji kontrahentów. Dodać przy tym należy, że oznaczać by to mogło w wielu przypadkach brak możliwości skorzystania przez Wykonawcę z tych podmiotów (ze względu na ograniczone zasoby podwykonawców). Wykonawca, chcąc pozostać konkurencyjnym lub odpowiednio chcąc zapewnić ciągłość wykonywanych przez siebie prac musiałby pozyskać nowych kontrahentów, ponosząc z tego tytułu określone koszty.

Możliwość uznania danych o kontrahentach, z którymi współpracuje przedsiębiorca za jego tajemnicę jest powszechnie akceptowana w orzecznictwie i doktrynie.

Doświadczenia ze współpracy z kontrahentami co do terminowości, rzetelności i jakości świadczeń, czy nawet responsywności i reakcji na sytuacje kryzysowe, są na rynku niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwa często latami i wymaga istotnych inwestycji ze strony przedsiębiorcy. Efektem gromadzenia tych doświadczeń jest właśnie lista konkretnych, wyselekcjonowanych kontrahentów oraz nadanie relacjom z nimi właściwych priorytetów. Wiedza ta może dać przedsiębiorcy bardzo realną przewagę konkurencyjną, trwającą zależnie od branży od kilku miesięcy do nawet wielu, wręcz dziesiątek lat. (tak: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz red. prof. dr hab. Janusz Szwaja, 2019).

Z kolei w wyroku Izby z dnia 28 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 245/14, czytamy:

„Zdaniem Izby nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o kontrahentach przedsiębiorcy, dane dotyczące podpisanych umów i kwot z nich wynikających (...) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym. Wiedza, którą uzyskałby Odwołujący po zapoznaniu się w ww. dokumentami pozwalalaby na prześledzenie aktywności gospodarczej wykonawcy, odbiorców jego działalności, jak też partnerów handlowych. Izba wyraża opinię, iż dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez wykonawcę, udostępnione do wiadomości publicznej.”

Wykonawca zaznacza, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko zawarte w wyjaśnieniach dane podwykonawców/dostawców (ich nazwy), ale i ustalone w ofertach

warunki współpracy, w tym ceny. Informacje te zostały wykorzystane do ustalenia przez Wykonawcę ceny ofertowej, w sposób szczegółowo opisany w pkt III Wyjaśnień. Stanowią więc one – wraz z informacjami zawartymi w pkt III Wyjaśnień - pakiet, zbiór informacji w sposób całościowy i szczegółowy obrazujący strategię budowania ceny ofertowej. Dodać przy tym należy, że z punktu widzenia Wykonawcy wartość gospodarczą ma nie tylko informacja od kogo dany materiał, usługa, czy robota jest nabywana (nazwa podwykonawcy), ale i na jakich warunkach. Podmioty konkurencyjne, znając np. ceny, jakie Wykonawca płaci za określony materiał czy robotę, mogą skutecznie przewidywać strategię biznesową Wykonawcy i wysokość cen oferowanych przez niego w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie jest więc tak, że wyłączenie z udostępnienia jedynie nazw kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, wystarczająco zabezpiecza jego interesy. Brak znajomości nazw kontrahentów być może utrudni konkurentom „podkupienie” kontrahentów Wykonawcy, ale już sama wiedza odnośnie tego, jakie koszty związane z realizacją danego zamówienia ponosi Wykonawca jest bardzo cennym źródłem informacji. Wykonawca podkreśla, że walka konkurencyjna na tym rynku jest bardzo zażarta, o czym świadczy ilość ofert składanych w postępowaniu oraz kolejno ilości toczących się postępowania odwoławczych. Różnice w cenie zakupu kluczowych materiałów, czy robót są przy tym istotne, niejednokrotnie decydując o przewadze konkurencyjnej w danym postępowaniu. Informacja, że Wykonawca kupuje np. kruszywo za cenę x, może być bodźcem dla wykonawców konkurencyjnych do tego, by na nowo podjąć poszukiwania kontrahentów, którzy byliby gotowi zaoferować im zbliżone ceny lub może stanowić podstawę do podjęcia dodatkowych negocjacji co do warunków współpracy z obecnymi dostawcami. Znaczący przy tym cenę kruszywa kupowanego przez Wykonawcę, konkurencyjni wykonawcy mogą oszacować, jakie są maksymalne koszty wykonania przez Wykonawcę tych robót, do wykonania których kruszywo jest wykorzystywane i w ślad za tym przewidywać strategię cenową Wykonawcy.

Wykonawca zaznacza przy tym, że zastrzeżeniem objął wyłącznie informacje odnoszące się do cen i innych warunków współpracy ustalonych dla niego indywidualnie przez podwykonawców, które zazwyczaj sami podwykonawcy (czy potencjalni podwykonawcy) traktują jako swoją własną tajemnicę przedsiębiorstwa (co znajduje odzwierciedlenie w treści tych ofert). Okoliczność, że są to oferty indywidualnie ustalone dla Wykonawcy ma ogromne znaczenie w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – zastrzegane informacje nie wskazują bowiem, jaki jest ogólny koszt wykonywania danej usługi, czy zakupu danych materiałów na rynku, ale obrazują, po jakich kosztach zakupów dokonuje BUDIMEX SA dla potrzeb realizowanych przez siebie zamówień.

Ad. 2 i 3) Zachowanie informacji w poufności. Podjęte przez Wykonawcę środki.

Zastrzegane informacje stanowią szczególne zestawienie i zbiór elementów w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, dedykowany dla tego postępowania o udzielenie zamówienia, ale opracowany w oparciu o know-how Wykonawcy, co zostało szczegółowo opisane powyżej.

W uzasadnieniu do ustawy nowelizującej u.z.n.k. wskazano, że pojęcie „zbiór” należy tłumaczyć jako zespół informacji wyłączonych z całości, natomiast „zestawienie” należy rozumieć jako wzajemny układ tych informacji względem siebie. Z kolei w warstwie językowej, „zbiór”, to «całość składająca się z jakichś elementów», a „zestawienie”, to «ułożenie elementów tworzących całość» (www.sjp.pwn.pl).

Bez wątplenia wyjaśnienia Wykonawcy stanowią zespół powiązanych ze sobą informacji o charakterze organizacyjnym i technicznym, posiadających wartość gospodarczą, wyodrębnionych, wyłączonych z całości na podstawie kryterium przedmiotowego, w formie osobnego dokumentu, składającego się na szeroko rozumianą ofertę.

Wykonawca zaznacza, że zmiana definicji „tajemnicy przedsiębiorstwa”, jaka nastąpiła w ostatnim czasie, i wskazanie obecnie, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi „szczególne zestawienie i zbiór informacji”, powoduje, że nie ma podstaw do dokonywania osobnej oceny pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk poszczególnych informacji składających się na ów zbiór. Okoliczność ta jest szczególnie istotna w kontekście przesłanki „poufności” zastrzeganych informacji, a to z tego względu, że niektóre z rozwiązań opisanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach mogą być znane i stosowane przez inne podmioty działające na rynku. Nie oznacza to jednak, że zbiór rozwiązań stosowanych przez Wykonawcę nie ma waloru tajemnicy przedsiębiorstwa – przeciwnie, elementem decydującym o poufności rozwiązań stosowanych przez Wykonawcę w obszarze organizacji pracy, doboru technologii, czy samej kalkulacji ceny jest właśnie to, w jaki sposób Wykonawca łączy w praktyce rozwiązania stosowane na rynku, a nawet opisywane w opracowaniach naukowych z zakresu prowadzenia robót budowlanych czy zarządzania, rozwijając ich zastosowanie w praktyce swojej działalności i dostosowując do potrzeb danego rodzaju zamówień czy nawet tego konkretnego zamówienia. To właśnie owa umiejętność łączenia rozwiązań znanych i wypracowywanych przez Wykonawcę jest jego know-how wypracowywanym na przestrzeni lat i pozwalającym zmniejszyć koszty prowadzenia działalności przy równoczesnym zwiększeniu konkurencyjności przedsiębiorstwa.

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje zawarte w przedkładanych dokumentach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy.

Odnosnie braku powszechnej dostępności zastrzeganych informacji, w zbiorze, o którym mowa była powyżej, wskazać należy, że tego typu informacje nie są powszechnie udostępniane przez Wykonawcę, w szczególności nie sposób odnaleźć ich na stronach internetowych Wykonawcy, czy publikowanych przez niego dla innych potrzeb raportach, sprawozdaniach itp.

Informacje, jako zbiór, znane są tylko pracownikom odpowiedzialnym za kalkulację cen ofertowych i zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze.

Informacje te są przy tym konsekwentnie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Odnosząc się do kwestii stosowanych przez Wykonawcę rozwiązań, mających na celu zachowanie zastrzeganych informacji w poufności wskazać należy na stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 14 września 2017 r. (I OSK 2740/15): informację można uznać za chronioną na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tylko wówczas, jeśli jest ona poufna. Pozostałe przesłanki w postaci braku ujawnienia informacji i podjęcia działań zabezpieczających są jedynie konsekwencją przesłanki poufności. [...] Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia rzeczywistą wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy, wymaga zatem podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.

Środkami służącymi do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa są – jak wskazuje się w doktrynie – „(...) fizyczna ochrona i instrumenty prawne. Fizyczne środki ochrony są zróżnicowane i obejmują takie metody ochrony jak: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Środki prawne stosowane w ochronie informacji również nie są homogeniczne i obejmują np. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną” (Michalak, Arkadiusz. Art. 11. W: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwer, 2016).

W wyroku z dnia 16 marca 2016 r. (KIO 289/16), Izba wskazała natomiast, że: Zamawiający wykazał, że dokonywał nie tylko oceny poprawności formalnej dokonanych zastrzeżeń opartej wyłącznie o stanowiska wykonawców, ale również podjął działania we własnych zakresie, celem zweryfikowania ich oświadczeń. Polegały one na weryfikacji stron

internetowych wykonawców w celu sprawdzenia, czy figurują tam ujęci w ofertach podwykonawcy oraz inne dane wskazujące na tych podwykonawców. Taka weryfikacja dotyczyła również stron internetowych podwykonawców. Zamawiający dokonał również sprawdzenia, czy wśród wykazanych dostaw realizowanych przez podwykonawców objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jako klienci nie figurują podmioty stosujące ustawę Pzp. W wyniku tych działań potwierdził, że zastrzeżone informacje w przypadku każdego wykonawcy nie są powszechnie znane, ani dostępne w sposób jawny dla ogółu osób, jak również wskazane na potwierdzenie warunku doświadczenia dostawy nie były realizowane na rzecz klientów publicznych stosujących ustawę Pzp. Z kolei w uzasadnieniach zastrzeżeń wykonawcy podali niezbędne informacje dla potwierdzenia ich woli, aby dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców oraz wskazali, jakie niezbędne czynności zostały podjęte w celu zachowania poufności informacji. Zamawiający wynik analizy, co do zastrzeżonych informacji, zamieścił w części niejawnej odpowiedzi na odwołanie. Rozpoznając zatem podnoszone w odwołaniu zarzuty, także Izba zobowiązana była uwzględniać poczynione przez wykonawców na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżenia informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odnosząc te okoliczności do przedmiotowego postępowania, należy wskazać, że wszystkie zastrzegane informacje spełniają warunek poufności, tj. nie są to informacje powszechnie dostępne, a Wykonawca dołożył wszelkich starań, żeby żadne dane nie były dostępne publicznie.

W celu zachowania stanu poufności zastrzeżonych informacji Wykonawca podejmuje także szereg działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę jak i szereg instrumentów prawnych, w tym w szczególności:

- zawieranie umów o zachowaniu poufności – umowy NDA z osobami współpracującymi i kontrahentami, konsorcjantami (również odpowiednie zapisy w umowach konsorcjum), przy czym w umowach tych wprost wskazuje się na konieczność zachowania w poufności faktu nawiązania przez strony współpracy i danych osób skierowanych do realizacji konkretnych kontraktów; jest to narzędzie, które służy zachowaniu poufności niniejszym zastrzeganych danych,
- kontrola dostępu do informacji – tylko upoważnione osoby zajmujące się konkretnym wycinkiem informacji w zakresie ich kompetencji zawodowych mają do dostęp do tych informacji (np. informacje finansowe – księgowość, dział ofertowania), co stanowi realizację tzw. zasady „need to know”; rozwiązanie to wprost służy zachowaniu w poufności zastrzeganych informacji,

- *specyficzny obieg dokumentów – dokumenty zawierające informacje poufne w formie papierowej są przechowywane w zamkniętych i zabezpieczonych szafach, do których dostęp mają jedynie upoważnieni pracownicy, natomiast dokumenty przetwarzane w formie elektronicznej są archiwizowane w elektronicznej bazie danych, do której dostęp mają jedynie upoważnieni pracownicy (każdy w zakresie niezbędnym do realizacji powierzonych mu zadań),*

- *zabezpieczony system informatyczny – komputery są zabezpieczone indywidualnymi hasłami, które podlegają okresowym zmianom, stosowane jest oprogramowanie antywirusowe i firewall, chroniące przed nieautoryzowanym dostępem z zewnątrz,*

- *poinformowanie pracowników i osób współpracujących o potrzebie ochrony informacji – poprzez odpowiednie postanowienia w umowach osoby takie zobowiązane są do zachowania w tajemnicy danych, do których mają dostęp, a także do odpowiedniej ochrony tych danych;*

- *wewnętrzne procedury, które narzucają pracownikom odpowiedni sposób gromadzenia, przetwarzania i przechowywania poufnych danych (w szczególności danych osobowych), w tym obowiązuje zasada niszczenia zbędnych dokumentów i zasada „czystego biurka”; rozwiązanie to nie jest dedykowane zachowaniu w poufności tylko informacji objętych niniejszym zastrzeżeniem;*

- *zakazy konkurencji – umowy o pracę/współpracę zawierają klauzulę „zakazu konkurencji”;*

- *monitoring biura i rejestrowanie wejść „osób z zewnątrz”, stosowanie kart dostępu do biura, zabezpieczenie biura alarmem, którego uruchomienie powoduje powiadomienie ochrony i przyjazd grupy interwencyjnej, ochrona fizyczna,*

- *pisemne informowanie odchodzących z firmy pracowników o zasadach związanych z przestrzeganiem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy po rozwiązaniu umowy o pracę/umowy współpracy – w znowelizowanym art. 11 u.z.n.k. nie ma już przepisu ograniczającego czas trwania tajemnicy przedsiębiorstwa w relacjach pracowniczych, w związku z czym, czas trwania tajemnicy przedsiębiorstwa podlega ogólnym zasadom, a informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tak długo, jak długo spełnia ww. przesłanki, □ aktualizacja ww. dokumentów i dostosowywanie ich do przepisów zmieniającego się prawa.*

Krąg podwykonawców, którzy współpracują z Wykonawcą przy realizacji zamówień publicznych i dane warunkach współpracy nie są – ze względu na swoją wartość gospodarczą – ujawniane szerszemu kręgowi osób. Dostęp do tych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Wykonawcy – osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty), ich przełożeni oraz Zarząd.

Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników Spółki i innych osób do zastrzeżonych informacji, podkreślić należy w podsumowaniu, że Wykonawca stosuje liczne ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych, polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Dodatkowo pracownicy mający dostęp do zastrzeżonych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeżonych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że osoby mające dostęp do informacji objętych niniejszymi wyjaśnieniami są pracownikami Wykonawcy.

Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 marca 2011 r., II PK 204/10, powinności określone w art. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy.

W wyroku z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59, Sąd Najwyższy wyjaśnił natomiast, że taka informacja jest tajemnicą (w rozumieniu art. 100 § 2 pkt 4 – przypis autora), gdy przedsiębiorca ma wolę, choćby dorozumianą, aby pozostała ona tajemnicą, i wola ta musi być dla innych osób rozpoznawalna. Informacja nie traci charakteru tajemnicy, gdy wie o niej ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Obowiązek przestrzegania tajemnicy nie zależy od sposobu uzyskania należycie utajnionej informacji. Decyzja o utajnieniu informacji powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie jest publicznie znana, jej ujawnienie zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że może ona być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu”. Zakres obowiązków pracowniczych związanych z ochroną tajemnicy pracodawcy jest więc bardzo szeroki, sam zaś obowiązek ma charakter bezwzględny.

Jak wynika z powyższego, Wykonawca podejmuje działania gwarantujące, że zastrzeżone informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie przygotowywania oferty, poczynając od podwykonawców, których danych dotyczyły zastrzeżone informacje, aż do zespołu przygotowującego ofertę Wykonawcy. Jednocześnie, podejmowane działania świadczą o podjęciu przez Wykonawcę rozsądnych – w rozumieniu TRIPS – działań dla

utrzymania ich poufności, w szczególności poprzez kontrolę liczby i charakteru osób mających do nich dostęp. Przekłada się to jednocześnie na należyta staranność, której Wykonawca dokłada, aby utrzymać stan poufności tych informacji. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c., dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Należy podkreślić, że wyżej wymieniony katalog działań wykracza poza standard ochrony informacji poufnych i ma charakter wieloaspektowy – prawny i fizyczny. Tytułem przykładu wskazać można, że w dotychczasowym orzecznictwie uznawano za wystarczające poinformowanie pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia (por. wyrok SN z dnia 6 czerwca 2003 r., IV CKN 211/01). Tymczasem działania Wykonawcy idą dalej: mają charakter nie tylko informacyjny, ale też gwarancyjny (odpowiednie klauzule powszechnie stosowane w umowach o pracę i wynikająca z nich odpowiedzialność odszkodowawcza) i prewencyjny (pisemne informowanie o zasadach związanych z przestrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa po zakończeniu współpracy, zasady przechowywania i dostępu do dokumentów etc.).

W świetle powyższych wyjaśnień oraz przedłożonych dowodów należy uznać za zasadne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji.

W ślad za aktualnym orzecznictwem Izby, równoległe do przedstawionego wyżej oświadczenia, przedstawiam stosowne dowody na potwierdzenie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zauważa Izba, nie można przedstawić dowodów na istnienie faktów negatywnych – tj. że np. nie ujawniono informacji do publicznej wiadomości – lub na potwierdzenie organizacyjnego czy technologicznego charakteru informacji.

Dowody mogą się odnosić jednakże do kwestii wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji w poufności. W załączeniu przedkładam:

- Politykę Bezpieczeństwa Informacji*
- Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji*
- Listę osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty (załącznik do utajnień nr 3).*

Wykonawca zaznacza, że Listę osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa z dwóch względów – po pierwsze, lista ta zawiera dane osobowe jego pracowników, których udostępnienie innym wykonawcom nie jest uzasadnione potrzebami toczącego się Postępowania (dane te nie są wymagane zapisami SWZ, nie służą weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i są przedstawiane Zamawiającemu wyłącznie w celu wykazania, że liczba osób mających wzgląd do zastrzeganych informacji jest ograniczona i ściśle kontrolowana, tj. Wykonawca jest w stanie z imienia i nazwiska wskazać wszystkie osoby, które mają do nich dostęp). Ujawnienie tych informacji było działaniem nadmiernym i nieuzasadnionym w kontekście przepisów odnoszących się do ochrony danych osobowych.

Po drugie, lista ta stanowi zbiór informacji – wyselekcjonowaną przez Wykonawcę listę wysokiej jakości specjalistów, odpowiadających za kalkulację ceny ofertowej i przygotowywanie jej wyjaśnień. Wykonawca poniósł wysokie koszty związane z rekrutacją i szkoleniem tych pracowników, a ujawnienie nazwisk tych osób mogłoby ułatwić ich „podkupienie” przez podmioty konkurencyjne. Wykonawca zaznacza, że być może niektóre z tych osób identyfikują się publicznie jako pracownicy BUDIMEX SA, jednakże informacje powszechnie dostępne nie wskazują, czym dokładnie osoby te się zajmują, jaki mają poziom dostępu do zastrzeganych informacji i przede wszystkim nie występują w zbiorze, o jakim mowa w niniejszym przypadku. Nadto, Wykonawca Listę, o której mowa konsekwentnie zastrzega w kolejnych składanych przez siebie zastrzeżeniach tajemnicy.

Reasumując:

Objęte wyjaśnieniami informacje, których zastrzeżenie dotyczy, są niepowtarzalne, szczegółowe, charakteryzują się cechą wyjątkowości dostępnej dla Wykonawcy i stanowią know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy. Co przy tym istotne, wszelkie podane w wyjaśnieniach informacje wynikają z poufnych dokumentów. Słusznie zauważa Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.09.2018r., KIO 1797/18, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 15 czerwca 2018 r. (sygn. XXIII Ga 95/18, XXIII Ga 103/18), że „know-how” jako „wiedza jak” (a nie „wiedza o”) jest tajemnicą przedsiębiorstwa i podlega ochronie. Zastrzegane informacje stanowią kompleksową informację o tym, w jaki sposób Wykonawca kalkuluje cenę ofertową dla potrzeb zamówień publicznych (nie tylko niniejszego zamówienia) – jaką stosuje strategię cenową i organizacyjną.

Nie powinno więc budzić wątpliwości, że utajnione informacje pozwalają skwantyfikować się w postaci wartości o charakterze finansowym, przy czym wartość ta ma wymiar obiektywny. Powyższe okoliczności stanowią również potwierdzenie, że ujawnienie zastrzeżonych

informacji może spowodować naruszenie interesów Spółki, a szkoda stąd wynikła nie będzie miała charakteru hipotetycznego, lecz konkretną wartość majątkową.

Podsumowując, należy wskazać, że Wykonawca uczynił zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzegane informacje nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne.

Sygn. akt KIO 1957/22

W piśmie z 15.07.2022 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów i informacji przekazanych w postępowaniu, postanawia: *odtąjnić w całości następujące informacje, dokumenty, pliki oraz załączniki:*

1. Przekazane wraz z pismem znak ADHW/61/2022 z dnia 31.05.2022 r. załączniki tj:

Załącznik nr 1 do utajnień - Polityka Bezpieczeństwa Informacji,

Załącznik nr 2 do utajnień — Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji,

Załącznik nr 3 do utajnień — Lista osób.

Załącznik nr 4 i 4a _TAJEMNICA procedura na projektowania_PS-03

Załącznik nr 5a-5i _TAJEMNICA przykładowe Umowy Ramowe

Załącznik nr 6 _TAJEMNICA Zestawienie kosztów

Załącznik nr 7 _TAJEMNICA-Wykaz jednostek sprzętowych i transportowych BUDIMEX

Załącznik nr 8 i 8a - certyfikat oraz zakres akredytacji

2. Przekazany wraz z pismem znak ADHW/63/2022 z dnia 17.06.2022 r. plik nazwie:

„iii_szczegolowe_wyjasnienia_tp_adhw_63”.

3. Przekazany wraz z pismem znak ADHW/65/2022 z dnia 30.06.2022 r. plik o nazwie:

„iii_szczegolowe_wyjasnienia_niejawne”.

Wykonawca w piśmie z dnia 31 maja 2022r. (znak pisma: ADHW/61/2022), stanowiącym odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego z 17 maja 2022 r. (znak pisma: O.LU.D-3.2410.6.2021.20.AW) do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa. Na wstępie należy podnieść, że o zakwalifikowaniu danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie decyduje subiektywna wola Wykonawcy, lecz obiektywny fakt spełniania przez daną informację ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto Wykonawca wyrażający wolę zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jakiegokolwiek informacji musi wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,*
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.*

Co istotne warunkiem koniecznym do uznania, że dana informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Oznacza to, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

W wyroku z dnia 27 listopada 2018 r. (KIO 2325/18) KIO podniosła, że „jak wynika z art. 8 ust. 3 ZamPub/U, dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU”. Izba stanęła na stanowisku, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU. Jednocześnie wskazano, że to od charakteru i rodzaju informacji zależy, czy wystarczające będzie jedynie przedstawienie

stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów. Jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU, to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 „Zastrzeżenie przez wykonawcę w przetargu publicznym określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się tylko i wyłącznie na jego subiektywnym przekonaniu, ale wymaga wykazania, że spełnia ona kumulatywnie wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki”.

Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania Oferty albowiem nie wykazał, że ujawnienie imion i nazwisk osób tam wymienionych może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy w taki sposób, że skutkiem może być podkupienie pracowników i tym samym poznanie sposobu sporządzania przez Wykonawcę ofert. Wykonawca wskazał, że ujawnienie danych pracowników wymienionych na ww. liście jest nieuzasadnione potrzebami toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i może to spowodować „podkupienie” tych pracowników przez podmioty konkurencyjne. W ocenie Zamawiającego argumenty Wykonawcy są niewystarczające do uznania, że podstawowa zasada zamówień publicznych tj. zasada jawności w tym przypadku podlega ograniczeniu.

Argument, że wskazane przez Wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacje nie są uzasadnione potrzebami tego postępowania nie stanowi przesłanki do uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa.

Z kolei okoliczność, że Lista stanowi zbiór informacji o pracownikach Wykonawcy o wysoko wyspecjalizowanych umiejętnościach i wiedzy, dlatego istnieje ryzyko ich podkupienia przez podmioty konkurencyjne, jest tylko twierdzeniem Wykonawcy nie popartym żadnymi dowodami lub też przykładami takich działań innych Wykonawców. W wyroku z dnia 10 grudnia 2019 r., KIO 2376/19, KIO stwierdziła, że Twierdzenie odwołującego o zagrożeniu przejęcia personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku powinna zostać przez odwołującego- przynajmniej uprawdopodobniona. Odwołujący powinien wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego lub choćby jakiegokolwiek innego wykonawcy. W wyroku tym KIO podniosła również, że Okoliczność, że wskazane osoby stanowią „zasadniczo” zasoby własne odwołującego, będące specjalistami zatrudnionymi w przedsiębiorstwach odwołującego na umowę o pracę nie dowodzi, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. KIO w tym wyroku zauważyła, iż zastrzeganie przez Wykonawców informacji o personelu i doświadczeniu jest normalną grą konkurencyjną wykonawców na danym rynku, co nie wpływa na charakter tych informacji w kontekście definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Natomiast argument, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty, nie został poparty żadnym dowodem potwierdzającym tą okoliczność. Samo powołanie się na przepis art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy nie jest wystarczające albowiem nie stanowi to dowodu w tym zakresie. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dot. w informacji wynikających z ofert podwykonawców Wykonawca podniósł, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko dane podwykonawców/dostawców (ich nazwy), ale i ustalone w ofertach warunki współpracy, w tym ceny. Dalej jednak Wykonawca zaznaczył że „zastrzeżeniem objął wyłącznie informacje odnoszące się do cen i innych warunków współpracy ustalonych dla niego indywidualnie przez podwykonawców, które zazwyczaj sami podwykonawcy (czy potencjalni podwykonawcy) traktują jako swoją własną tajemnicę przedsiębiorstwa (co znajduje odzwierciedlenie w treści tych ofert)” i dalej, że „zastrzegane informacje nie wskazują bowiem, jaki jest ogólny koszt wykonywania danej usługi, czy zakupu danych materiałów na rynku, ale obrazują, po jakich kosztach zakupów dokonuje BUDIMEX SA dla potrzeb realizowanych przez siebie zamówień”.

Mimo wszystko w ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w stosunku do wszystkich dokumentów stanowiących załączniki nr 5, 7 i 8, że wypełniają wszystkie przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą być traktowane umowy, które cen (zarówno jednostkowych lub też ogólnych) faktycznie nie zawierają lub umowy, które już nie obowiązują.

Należy bowiem zauważyć, że z umowy nr ASF/H/1012667/19 pomiędzy Lotos Asfalt sp. z o.o. a Budmiox S.A. (załącznik nr 5a) wynika, że została zawarta na czas określony do dnia 31 marca 2020 r. i brak jest informacji o jej dalszym obowiązywaniu.

Natomiast w umowach stanowiących załączniki nr 5c, 5d, 5e, 5h, 5i brak jest wskazania cen, obowiązujących strony, albowiem zgodnie z treścią tych umów ceny jednostkowe podlegają indywidualnym kalkulacjom dla danego Kontraktu (tak w załączniku nr 5d, 5e i 5i) lub odnoszą się do załączników, których Wykonawca nie załączył (załącznik nr 5h).

W umowie pomiędzy NYNAS sp. z o.o. i Budimex S.A. (załącznik nr 5c) nie tylko brak jest określenia wysokości ustalonych cen, a ceny („Stała cena”) ustalona między stronami miała wynikać z cen ustalanych każdorazowo w oparciu o „notowania cen dla ciężkiego oleju opałowego 3,5% siarki zgodnie z CIF NWE publikowanego w PLATTS” – co przemawia za tym, że ceny te nie miały charakteru indywidualnego lub świadczą o specjalnym potraktowaniu tego Wykonawcy.

Z kolei załącznik nr 7 - Wykaz jednostek sprzętowych i transportowych nie zawiera cen, czy też zasad współpracy, które to elementy zamierzał zastrzec Wykonawca.

Z przedłożonych dokumentów (umów o współpracy) nie wynika, że ceny tam wskazane (jeśli już są wskazane) są „specjalne”, indywidualnie ustalone lub że umowy te zawierają szczególnie korzystne warunki współpracy z konkretnymi kontrahentami.

Nadto co istotne Wykonawca tylko ogólnie wskazał, że ww. umowy są zindywidualizowane i są wynikiem długotrwałej współpracy ale nie odniósł się do konkretnych umów (załączników) nie wykazał, iż oferty zawarte w tych umowach obrazują szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Nie wynika to również z treści tych umów, które jeśli już określają ceny czy stawki, nie wskazują jednak na zastosowanie upustów czy innych odstępstw od standardowych warunków. Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie jest na tyle ogólne, że mogłoby być przedstawione w tym samym brzmieniu w każdym innym postępowaniu i w odniesieniu do każdej innej oferty handlowej czy umowy podwykonawczej.

Wykonawca nie wykazał, że dokumenty zawierają informacje wypełniające wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto dokumenty wymienione w załącznikach nr 1 i 2 Wykonawca przedłożył jako dowody na podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania informacji w poufności, nie wykazując wypełnienia przez nie przesłanek uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 6 października 2020 r. KIO uznała, że „Załączone przez wykonawcę do oferty dokumenty w postaci polityki bezpieczeństwa, regulaminu pracy czy umowy o pracę stanowią jedynie wyciągi i wzory dokumentów i nie zawierają żadnych informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym czy posiadającym wartość gospodarczą, która zasługiwałaby na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 6 października 2020 r., sygn. akt KIO 2331/20).

Ponadto dokumenty oznaczone jako załączniki nr 4 i 4a (Instrukcje projektowania) zawierają informacje na tyle ogólne, że trudno jest je uznać za zawierające informacje technologiczne lub organizacyjne, które przedstawiając wartość gospodarczą. W każdym razie Wykonawca nie wykazał, że te dokumenty spełniają wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając wszystko powyższe na uwadze należy podnieść, że Wykonawca nie wykazał, w stosunku do wszystkich ww. dokumentów i informacji, wypełnienia wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca w piśmie z dnia 17 czerwca 2022 r. (znak pisma: ADHW/63/2022), stanowiącym odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego z 9 czerwca 2022 r. do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Informacje zawarte w pkt III Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy. W wyroku z dnia 27 listopada 2018 r. (KIO 2325/18) KIO podniosła, że „jak wynika z art. 8 ust. 3 ZamPublU, dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU”. Izba stanęła na stanowisku, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU. Jednocześnie wskazano, że to od charakteru i rodzaju informacji zależy, czy wystarczające będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów. Jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU, to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 „Zastrzeżenie przez wykonawcę w przetargu publicznym określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się tylko i wyłącznie na jego subiektywnym przekonaniu, ale wymaga wykazania, że spełnia ona kumulatywnie wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki”.

Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach jest nieuzasadnione i godzi w podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. jawności postępowania.

Należy zauważyć, że w wyroku z dnia 27 listopada 2018 r. (KIO 2325/18) KIO podniosła, że „jak wynika z art. 8 ust. 3 ZamPublU, dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU”.

Mając wszystko powyższe na uwadze w ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał, że informacje zawarte w pkt 3 Wyjaśnienia są źródłem zysku lub pozwalają na zaoszczędzenie kosztów dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostaną poufne i tym samym istnieje podstawa do uznania, że takie informacje nie wypełniają wszystkich przesłanek

definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r. nr ADHW/65/2022 stanowiącej odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2022 r. do udzielenia wyjaśnień złożonej oferty w celu weryfikacji oferty pod kątem uwzględnienia wszystkich wymagań zawartych w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno-Użytkowym, Specyfikacjach na Projektowanie oraz WWiORB, a także potwierdzenia, że w cenie Ofert uwzględniono wszystkie koszty związane z realizacją czynności wymienionych zgodnie z wezwaniem, Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie treści oferty.

Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie treści oferty opisują zamierzony sposób realizacji robót ziemnych w zakresie dotyczącym wznoszenia nasypów w ramach branży drogowej w celu wyjaśnienia przez Wykonawcę kalkulacji ceny ofertowej. Wykonawca wskazał materiały z jakich zamierza wykonać nasypy drogi ekspresowej S 17 oraz wskazał że przygotowując niweletę trasy głównej zaprojektował niweletę pozwalającą na maksymalne zbilansowanie robót ziemnych w ramach odcinka tak, aby transport materiału w ramach placu budowy został maksymalnie ograniczony oraz wskazał na posiadanie własnej, rozbudowanej bazy sprzętowej (wskazanej w załączniku nr 7 do wyjaśnień udzielonych w dniu 31 maja 2022 r.) oraz Oddziału Usług Sprzętowych, który dysponuje wysoko wykwalifikowanymi kadrami nadzoru i nowoczesnym sprzętem do robót ziemnych. Informacje przedstawione w Szczegółowych wyjaśnieniach Wykonawcy w zakresie treści ofert nie zawierają danych wskazujących na spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wobec czego należy uznać, iż dokumenty zastrzeżone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Szczegółowego wyjaśnienia w zakresie treści oferty. Wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólne, obejmujące ogólnostwne skutki ujawnienia informacji zawartych w Porozumieniu oraz liczne cytaty z orzecznictwa, odnosi się do list podwykonawców oraz osób, o których nie ma mowy w zastrzeganych Szczegółowych wyjaśnieniach Wykonawcy w zakresie treści oferty. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy zastrzeżone informacje nie stanowią „gotowego pakietu informacji”, nie zawierają nawet projektu niwelety, jedynie Wykonawca powołuje się na okoliczność, że taki projekt posiada, w sposób bardzo ogólny go opisując (wskazując jedynie, że pozwala na maksymalne zbilansowanie robót ziemnych tak, aby

konieczność dowozu materiału na nasypy z zewnętrznych źródeł oraz transport materiału w ramach placu budowy został zbilansowany), co z kolei wpływa na dokonaną przez niego kalkulację ceny. Zastrzeżone informacje wbrew twierdzeniom Wykonawcy nie zawierają także metod zarządzania projektem, w tym zasady organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów. Wykonawca powołuje się także na unikalność rozwiązań organizacyjnych i technologicznych, jednakże nie wskazuje na czym owa unikalność miałaby polegać.

Nadto w ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał, poza ogólnikami, przed jakimi negatywnymi skutkami dla prowadzonej działalności mogłoby uchronić go zastrzeżenie tajemnicy treści zastrzeżonego dokumentu ani w jaki sposób ujawnienie jego treści zachwiałoby jego równowagę biznesową, pozycję na rynku czy też zdolność działania w określonym sektorze działalności. Wykonawca w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał również istnienia związku przyczynowo - skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca. Wykonawca nie wykazał także jakie konkretne podjął działania zabezpieczające przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych, wskazując jedynie na wdrożenie pewnych procedur, w tym zobowiązanie pracowników i współpracowników do nierozpowszechniania informacji. W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazano także dokładnie jakie grono osób spośród pracowników lub współpracowników ma lub miało dostęp do informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz w jaki sposób Wykonawca kontroluje liczbę i krąg pracowników mających dostęp do zastrzeżonych informacji.

Wykonawca nie wykazał również, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony przedstawionych dokumentów/informacji jako tajemnicy. Powyższe oznacza, że zastrzeżone przez Wykonawcę informacje nie spełniają wszystkich przesłanek, o jakich mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. Reasumując, w ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie treści oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. (...)

Sygn. akt. KIO 1958/22

W piśmie z 15.07.2022 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów i informacji przekazanych w postępowaniu, postanawia: *odtajnić w całości następujące informacje, dokumenty, pliki oraz załączniki:*

1) *Wyjaśnienia Wykonawcy - pismo „2022_05_31_s17_zad_6_wyjasnienia_tajne” wraz z niżej wymienionymi załącznikami w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa tj. :*

1. *Polityka bezpieczeństwa informacji pn. „zal_1_Polityka SZBI 2015 ver 1.1.pdf”*
2. *Deklaracja stosowania bezpieczeństwa informacji pn. „zal_2_Deklaracja SBI.pdf”*
3. *Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty pn. „zal 3 TAJEMNICA_Lista Osob.pdf”;*
4. *Instrukcja projektowania pn. „zal_4_TAJEMNICA_Instrukcja projektowania_IO-03-0102.pdf”;*
5. *Procedura projektowania pn. „zal_4_TAJEMNICA_procedura projektowania_PS'03.pdf”;*
6. *Certyfikat PCA pn. „zal_5_Certyfikat akredytacji.pdf”*
7. *Zakres akredytacji pn. „zal_5_Zakres akredytacji AB1414 wydanie z 2021.pdf”*
8. *Wykaz środków trwałych w zakresie pn. „zal_6_TAJEMNICA_zestawienie jednostek sprzętowych.pdf”;*
9. *4 umowy ramowe pn. „zal_nr_7a_TAJEMNICA-umowa Cemex betony.pdf”, Lafarge Kruszywa Beton betony. pdf”, Lafarge Kruszywa i Beton.pdf”, Umowa Lotos Asfalt sp. z o.o. pdf”.*

2) *Wyjaśnienia Wykonawcy - pismo „budimex_wyjasnienia_17_06_2022_tajne”*

Zaprojektowanie i wykonanie drogi SI Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II” (z węzłem) - węzeł „Bieruń” (bez węzła), zatem są to informacje jawne.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm. (zwanej dalej także: Pzp), postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. W art. 18 ust. 3 ustawy PZP określono, że nie ujawnia się • informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm. zwanej (dalej także: ustawą ZNK) jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak któregośkolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa

Co istotne o zakwalifikowaniu danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie decyduje subiektywna wola Wykonawcy, lecz obiektywny fakt spełniania przez daną informację ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa I .

Wykonawca wyrażający wolę zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jakiegokolwiek informacji musi wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zob. wyrok KIO z dnia 10.12.2019 r., KIO 2376/19.

Warunkiem koniecznym do uznania, że dana informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Oznacza to, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub jeszcze innym dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

W wyroku z dnia 27 listopada 2018 r. (KIO 2325/18) KIO podniosła „jak wynika z art. 8 ust. 3 ZamPubIU, dla skutecznego zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednoznacznie określić, które informacje podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa, a także wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ZNKU”. Izba stanęła na stanowisku, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poszczególnych informacji. Pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie lub co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU. Jednocześnie wskazano, że to od charakteru i rodzaju informacji zależy, czy wystarczające będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze, zasady działania na danym rynku, czy też niezbędne będzie przedstawienie dowodów. Jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 ZNKU, to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające.

Podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00 „Zastrzeżenie przez wykonawcę w przetargu publicznym określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się tylko i wyłącznie na jego subiektywnym przekonaniu, ale wymaga wykazania, że spełnia ona kumulatywnie wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki”.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. sygn. akt 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”.

Przenosząc powyższe rozważania na przedmiotową sprawę, należy wskazać, że Wykonawca wyjaśnia, iż „Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem (pkt III Wyjaśnień) wskazują na przyjęty przez Wykonawcę sposób wykonania zamówienia (nie tylko w jego aspektach technicznych, ale przede wszystkim organizacyjnych), prezentując unikalne dla Wykonawcy rozwiązania organizacyjne i technologiczne. Rozwiązania te zostały opisane jako podstawa wyceny zastosowanej przez Wykonawcę dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej.

Rozwiązania, o których tu mowa, mimo iż dobrane z uwzględnieniem wymogów SWZ Postępowania, mają stałe zastosowanie u Wykonawcy (mają względnie stały walor), tj. są to rozwiązania powtarzalne, stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy dla kolejnych składanych przez niego ofert i realizowanych zamówień. Rozwiązania te zostały opracowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy na przestrzeni lat jego działalności i są wynikiem jego doświadczeń z realizacji podobnych zamówień. Jest to tzw. know-how przedsiębiorstwa Wykonawcy pokazujące, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany (jakie prace wykonuje siłami własnymi, jakie zakresy prac powierza podwykonawcom, w jaki sposób 'dobiera podwykonawców i na jakich zasadach współpracuje z nimi, jakie rozwiązania techniczne dobiera z pośród rozwiązań dopuszczalnych przepisami SWZ, jakie ma preferencje co do metod obniżenia kosztów wykonania zamówienia i jakie preferuje

metody optymalizacji z pośród dozwolonych SWZ, jak organizuje sam proces budowlany - jaki przyjmuje harmonogram robót, jakie koszty wykonania zamówienia ponosi i jak przypisuje koszty do poszczególnych grup robót itd.). (...) Zastrzegane informacje pokazują opracowane przez Wykonawcę przez lata jego funkcjonowania na rynku indywidualne rozwiązania technologiczne, metody zarządzania projektem, w tym zasady organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów itd. Każdy opracowywany przez Wykonawcę dokument zawiera także elementy niepowtarzalne, autorskie, tj. koncepcja realizacji zamówienia jest każdorazowo dostosowywana do wymagań konkretnego zamawiającego oraz specyfiki samej umowy, którą Wykonawca miałby realizować. Dokumenty te precyzują przedmiot, koszt, czas i zakres projektu, potrzeby i oczekiwania Zamawiającego oraz wymagania (techniczne i użytkowe, zarówno jasno w dokumentacji zdefiniowane, jak i niezdefiniowane, a ustalone na podstawie wiedzy Wykonawcy).” W ocenie Zamawiającego odpowiedzi na pytania techniczne Wykonawca zawierają w znacznej mierze ogólne stwierdzenia nie wskazując jednoznacznie na ostateczny efekt prac co przyznaje sam Wykonawca stwierdzając, że „Ostateczne rozwiązania oraz technologie będą wynikały z finalnych rozwiązań projektowych.” (odp. na pytanie 8), „Podane ilości mogą ulec zmianie ponieważ będą zależęć od szczegółowych przyjętych rozwiązań na etapie projektowania oraz nie ograniczają Wykonawcy do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją.” (Odp. na pytanie 37, 55), „Przyjęte rozwiązania projektowe nie ograniczają Wykonawcy do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania” (Odp. na pytanie 58, 59, 67, 90, 94, 98), „W trakcie prac projektowych jak i w czasie robót Wykonawca będzie dążył do minimalizacji prac traconych.” (Odp. na pytanie 66). Wobec powyższego należy stwierdzić, iż przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólnikowe, obejmujące gołosłowne skutki ujawnienia informacji zawartych w Porozumieniu oraz liczne cytaty z orzecznictwa, zwłaszcza dotyczące definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednym z koniecznych elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W ocenie Zamawiającego w uzasadnieniu Wykonawca posługuje się jedynie uogólnieniami, które nie dają żadnej konkretnej wiedzy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Wykonawca w wyjaśnieniach sam przyznaje, iż informacja „zawiera także elementy niepowtarzalne, autorskie, tj. koncepcja realizacji zamówienia jest każdorazowo dostosowywana do wymagań konkretnego zamawiającego oraz specyfiki samej umowy, którą Wykonawca

miałby realizować” co w ocenie Zamawiającego wskazuje, że niepowtarzalność rozwiązań oraz autorski charakter informacji nie wynika z szczególnych (wyjątkowych) rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę, a z konieczności dostosowania rozwiązań do specyfiki samego zamówienia w zakresie ram określonych w PFU zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami projektowania i wykonywania robót budowlanych.

Co do treści kalkulacji zawartych w wyjaśnieniach, z uwagi na charakter zastrzeganych informacji aktualne pozostaje orzecznictwo KIO w zakresie odtajniania informacji dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w wyroku z dnia 29 marca 2021 r. sygn. KIO 720/21, Izba wskazała, że „wykonawca Groy Group nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia wartości gospodarczej kalkulacji cenowej tłumaczeń. Tabele te zawierają informacje na temat przyjętego w tym konkretnym postępowaniu wynagrodzenia miesięcznego za pracę tłumacza, która składa się w zasadniczej części na koszty realizacji zamówienia. Wykonawca nie wykazał, że stosuje jakieś unikalny system wynagrodzeń dla tłumaczy, które uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów pracy, nie wykazał wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji. Wykonawca nie przedstawiał żadnej polityki czy metodologii wynagrodzenia pracowników w swojej firmie, jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte na opracowanej przez wykonawcę formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie temu wykonawcy. Z treści wyjaśnień można pośrednio wnioskować, że wykonawca obawia się, iż w przypadku ujawnienia kosztów wynagrodzenia tłumacza istnieje ryzyko, że inny wykonawca mogą zabiegać o jego pracowników. To jednak, w ocenie Izby, nie jest obiektywna wartość gospodarcza informacji uzasadniająca jej zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale subiektywna ocena ryzyka związanego z możliwością rezygnacji danego pracownika z pracy u wykonawcy na rzecz korzystniejszych warunków u innego podmiotu.” Przenosząc powyższe rozważania na treść niniejszej sprawy należy zauważyć, że Wykonawca nie wykazał w treści uzasadnienia w zakresie kalkulacji kosztów, iż te mają charakter unikatowy, niespotykany w praktyce branży budowlanej, w związku z powyższym w ocenie Zamawiającego nie zasługują na ochronę.

W ocenie Zamawiającego prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Na kanwie powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłaby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił.

Ponadto Wykonawca ten nie wykazał, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony przedstawionych dokumentów/informacji jako tajemnicy (zakres środków wskazanych przez Wykonawcy jest tożsamy z zakresem wskazanym w innych zastrzeżeniach tajemnicy tego Wykonawcy w związku z tym trudno uznać, że Wykonawca wykazał Zamawiającemu ochronę odnoszącą się do utajnionych dokumentów/wyjaśnień dotyczących przedmiotowej sprawy). Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnego wiarygodnego dowodu. W uzasadnieniu nie wykazano, które konkretnie z przedłożonych dokumentów (dowodów) pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń dotyczących środków (działań), którymi posługuje się Wykonawca w celu zachowania tajemnicy. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt II SA/Gd 500/21) wyjaśnił, że „(...) mechanizmy na które powołał się wykonawca mające dowodzić podjęcia przez niego kroków celem zagwarantowania poufności danych uznanych przez niego za tajemnice przedsiębiorstwa są powszechnymi mechanizmami funkcjonującymi w wielu instytucjach państwowych i samorządowych, a także podmiotach prywatnych. Żaden ze wskazanych przez niego sposobów nie ma cech wyjątkowości, a jest raczej powszechnym sposobem chronienia danych. Trudno zatem przyjąć, że podjęcie powszechnej aktywności celem ochrony danych traktowanych przez wykonawcę za poufne dane przedsiębiorstwa może dowodzić, że należy je traktować jako tajemnice przedsiębiorcy nie podlegające udostępnieniu. ” W związku z powyższym należy uznać, iż Wykonawca nie wykazał także jakie konkretne podjął działania zabezpieczające przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych, wskazując na wdrożenie odpowiednich procedur, zobowiązanie pracowników i współpracowników do nierozpowszechniania informacji.

Odnosząc się do informacji zawartych w pkt III Szczegółowych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 17.06.2022 r., należy stwierdzić, że nie zawierają informacji, które mogłyby stanowić jakąkolwiek tajemnice, a w szczególności tajemnice przedsiębiorstwa Budimex S.A.

Trudno jest doszukać się tajemnicy w stwierdzeniu:

Wykonawca potwierdza, że na etapie składania oferty uwzględnił ryzyka związane z wystąpieniem zjawisk krasowych; tj. wziął pod uwagę dane zawarte w dokumentach przekazanych przez Zamawiającego (w tym. PFU - pkt 1,2, podpunkt 2) i na etapie oferty nie stwierdził, na podstawie przekazanych danych, konieczności wzmocnienie podłoża gruntowego w związku ze zjawiskami krasowymi w innych lokalizacjach niż te wskazane w PFU. Jednakże Wykonawca zastrzega, że przyjęte rozwiązania projektowe na etapie przetargu nie ograniczają go do wprowadzenia kolejnych rozwiązań, zgodnych z przepisami prawa, wymaganiami Zamawiającego oraz przekazaną przez niego dokumentacją, które mogą zostać wprowadzone na etapie projektowania. Wykonawca uprzejmie informuje, że zmiana niwelety w obrębie WD-08 nie wpłynie na zmianę niwelety na odcinku 7. Zmiana

sposobu przekroczenia przeszkody dotyczy obiektu wymienionego w pozycji nr 5 w tabeli 1.1 PFU, tj. obiektu w ciągu drogi gminnej „Barchaczów” km ok. 5+986,43, (obiektu WD- 04 - w koncepcji programowej WS-04). ” (odpowiedź nr 1).

W przypadku wydłużania się procedur uzyskania decyzji DŚU Wykonawca będzie postępował zgodnie z Warunkami Kontraktu. Jednocześnie Wykonawca będzie prowadził bieżącą współpracę z organem wydającym DŚU, celem jak najszybszego wydania ww. decyzji. Wykonawca w odpowiedzi na pytanie 69, wskazał, iż przewiduje złożenie 1 wniosku o ZRiD. Jednakże na etapie realizacji procesów projektowych nie wyklucza modyfikacji przyjętych założeń. Niemniej należy mieć na uwadze, że jak wskazano powyżej Wykonawca doloży starań aby kompletny wniosek o DŚU opracować i złożyć do organu wydającego DŚU możliwie jak najszybciej po podpisaniu Umowy, a podczas całej procedury wydawania przedmiotowej decyzji będzie prowadził bieżącą współpracę z organem ją wydającym. ” (odpowiedź nr 2).

Tym bardziej odpowiedzi nr 4 i nr 5 nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, bo są zdawkowe i nie zawierają informacji szczegółowych co do przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań projektowych, które miałyby unikalny charakter na tle przedmiotowej inwestycji.

Mając wszystko powyższe na uwadze należy podnieść, że Wykonawca nie wykazał, w stosunku do informacji zawartych w pkt III Szczegółowych wyjaśnień Wykonawcy, wypełnienia wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że przedmiotowe dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Wobec powyższego Zamawiający postanawia odtajnić przedmiotowe dokumenty i informacje. (...)

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania w sprawach KIO 1957/22 i KIO 1958/22 nie zasługują na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nich zawarte, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że zastrzeżenie przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne

Na wstępie zauważenia wymaga, że w złożonych odwołaniach Odwołujący ograniczył katalog dokumentów, co do których uprzednio zastrzegł poufność, stwierdzając, że po zapoznaniu się z uzasadnieniem odtajnienia przekazany przez Zamawiającego w dniu

15.07.2022 r., w ramach odwołania kwestionuje odtajnienie wymienionych w nim dokumentów. I tak w odwołaniu dotyczącym odcinka nr 9 (sygn. akt. 1957/22) wskazał, że kwestionuje odtajnienie: Załącznika nr 3 do utajnień - Lista osób, Załączników nr 5a – 5i – Przykładowe umowy ramowe, Załącznika nr 6 - Zestawienie kosztów, Szczegółowych wyjaśnień z 17.06.2022 r., Szczegółowych wyjaśnień z 30.06.2022 r., zaś w odwołaniu dotyczącym odcinka nr 6 (sygn. akt. 1958/22) wskazał, że kwestionuje odtajnienie:

- wyjaśnienia Wykonawcy – pismo „2022_05_31_s17_zad_6_wyjasnienia_tajne” wraz z załącznikami w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:
- umowy ramowe pn. „zal_nr_7a_TAJEMNICA-umowa Cemex betony.pdf”,
„zal_nr_7b_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton betony.pdf”,
„zal_nr_7c_TAJEMNICA-umowa Lafarge Kruszywa i Beton.pdf”,
„zal_nr_7d_TAJEMNICA-Umowa Lotos Asphalt sp. z o.o.pdf”,
- wyjaśnienia Wykonawcy – pismo „budimex_wyjasnienia_17_06_2022_tajne”.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że odstępuje od zarzutu dotyczącego ujawnienia przez Zamawiającego Listy osób, o której jest mowa w obydwu odwołaniach.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący co do szeregu wcześniej zastrzeżonych informacji odstąpił od utrzymywania, iż stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie, zważywszy na treść zarzutów obydwu odwołań oraz zbliżoną, w znaczących fragmentach, analogiczną argumentację w nich przedstawioną, rozstrzygając zarzuty w nich postawione, zaznaczenia wymaga, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. Wynika to z art. 18 ust. 1 Pzp, który stanowi, że *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Z ust. 2 tego artykułu wynika, że *zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie*.

Stosownie do art. 18 ust. 3 Pzp, *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ww. 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”.

Dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest więc łączne spełnienie trzech następujących przesłanek:

- 1) informacje muszą być informacjami poufnymi, posiadającymi wartość gospodarczą, w szczególności ze względu na swój techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter;
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Powyższe wskazuje, że zasadą jest jawność postępowania, zaś wyjątkiem od tej zasady jest możliwość utrzymania poufności określonych informacji, o ile wykonawca przy jej zastrzeganiu wykaże, że wypełnione są co do tych informacji wszystkie ww. przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Jak każdy wyjątek od zasady musi on być rozumiany ściśle.

Możliwość wyłączenia jawności postępowania nie może być nadużywana przez wykonawców. Wykonawcy winni mieć na uwadze minimalizację zastrzeżeń, nie powinni zastrzegać całych dokumentów, jeśli w całości nie odpowiadają one definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie wypełniają zawartych w niej przesłanek, lecz zastrzeżeniem winni obejmować jedynie ich fragmenty zawierające określone informacje, które spełniają te przesłanki. Wykonawca winien w sposób zindywidualizowany przedstawić konkretne informacje i powody ich utrzymywania w poufności i wykazać, dlaczego te informacje korzystają z poufności. Nawet bowiem w sytuacji, gdy określony rodzaj informacji obiektywnie mógłby posiadać wartość gospodarczą, to nie uprawnia to zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji, gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru konkretnych informacji - to wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony.

Oznacza to, że nie jest wystarczające ogólne wskazanie w uzasadnieniu na rodzaj zastrzeganych informacji, czy posłużenie się tezami z orzeczeń wydanych w innych okolicznościach faktycznych, w tym przy innym sposobie wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz konieczne jest rzeczywiste wykazanie istnienia tajemnicy

przedsiębiorstwa co do określonych informacji przekazywanych w danym postępowaniu, przy czym – w ocenie Składu orzekającego – rozumienie „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp jest bliższe udowodnieniu (ile oczywiście jest możliwe i uzasadnione przedstawienie na daną okoliczność dowodów), niż jedynie oświadczeniu, tym bardziej, gdy nie jest ono zindywidualizowane, spójne i przekonujące. Dla zastosowania wyjątku od zasady jawności obowiązującej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wystarcza samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi być wykazane, że przedstawia ona określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że nie zostanie ujawniona, jak też wypełnienie pozostałych przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Należy przy tym mieć na uwadze, że ciężar wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, jak też, że zastrzeżenie jawności informacji nie może służyć jedynie uniemożliwieniu innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości oferty wykonawcy.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że zamawiający dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bierze pod uwagę treść jej uzasadnienia i otrzymane dowody, na potwierdzenie twierdzeń, co do których złożenie takich dowodów jest możliwe i w danych okolicznościach uzasadnione. Każdorazowo bowiem ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna uwzględniać indywidualne okoliczności danego stanu faktycznego.

Przechodząc od tych ogólnych rozważań na grunt analizowanej sprawy należy stwierdzić, że Izba nie dopatryła się błędów w ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonywanego w postępowaniach dotyczących odcinków 6 i 9, skutkujących unieważnieniem czynności odtajnienia, wskazanych w odwołaniach informacji, dokumentów, plików, załączników.

Analogiczna treść uzasadnień, składanych przez Odwołującego w każdym z ww. postępowań, niezależnie od tego do jakich dokumentów się odnosi zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, przemawia za łącznym ich omówieniem.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Odwołującego, zaprezentowanym na rozprawie, że ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być zindywidualizowana. Dodania w tym zakresie wymaga jednak, że taka ocena winna odnosić się do zindywidualizowanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odnoszącego się do konkretnych informacji, co do których wykonawca podjął się wykazania wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Tymczasem Odwołujący uzasadniając zastrzeżenie

tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od przedmiotu zastrzeżenia, ogólnie przedstawił swoje stanowisko. Odwołujący nie wskazał, które z konkretnych informacji (co mógł uczynić w sposób z jednej strony pozwalający na ich nieujawnianie w uzasadnieniu, a z drugiej strony pozwalający Zamawiającemu na ich identyfikację w treści dokumentu), zawartych w poszczególnych dokumentach, wypełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa co do nich.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że Odwołujący nie sprostął wymogowi wykazania wypełnienia przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa co do zastrzeganych dokumentów. Ogólnikowe oświadczenia dotyczące rodzaju informacji, zamiast wykazania spełniania przesłanek co do objętych poufnością konkretnych informacji, zawartych w poszczególnych dokumentach, nadto zawierające sprzeczności, oraz pozwalające na przyjęcie, że mają zastosowanie dla różnego rodzaju dokumentów, niezależnie od tego, co aktualnie jest zastrzegane, nie może być uznane za wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wyżej wskazano, o ocenie uzasadnienia zastrzeżenia nie decyduje bowiem jego obszerność czy ilość przytoczonych fragmentów uzasadnień orzeczeń, wydanych w innych sprawach, lecz wykazanie, przy uwzględnieniu zasady minimalizacji zastrzeżenia, że określone informacje stanowią dla wykonawcy tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Ponadto konieczne jest wykazanie podjęcia co do nich przez wykonawcę odpowiednich środków zapewniających utrzymanie ich w poufności. Brak wykazania która z informacji zawartych w poszczególnych dokumentach i dlaczego stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. która z informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym czy innym posiada wartość gospodarczą dla wykonawcy i co za tym przemawia, jak też brak wykazania podjętych co do niej środków w celu utrzymania jej w poufności, nie powinien skutkować uznaniem skuteczności zastrzeżenia, a w konsekwencji odstąpieniem od zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad umowy ramowe

W uzasadnieniach zastrzeżenia poufności treści umów ramowych (Załączniki nr 5a - 5i w sprawie KIO 1957/22 i nr 7b - 7d w sprawie KIO 1958/22) zwraca uwagę w szczególności, że mają one ogólny charakter, nadto są niespójne. Odwołujący nie wykazał, że umowy są utrzymywane przez strony w tajemnicy ich przedsiębiorstwa, jak też nie wykazał, że zawierają szczególne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe.

Na początku uzasadnienia w zakresie umów Odwołujący przeprowadził wywód na temat znaczenia doboru podwykonawców, który m.in. *„odzwierciedla stosowaną przez Wykonawcę dla potrzeb wszystkich zamówień strategię pozyskiwania materiałów, usług oraz*

dobór sposobu realizacji robót oraz wskazał m.in. „Wykonawca wskazuje przy tym, że na podstawie ofert załączonych do niniejszych Wyjaśnień można ustalić listę kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, która to informacja ma istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy”, nadto wskazał, że ujawnienie takiej listy mogłoby wyrządzić Wykonawcy istotną szkodę, bowiem mógłby utracić przewagę konkurencyjną budowaną przez lata, bowiem konkurenci mogliby nawiązać współpracy z tymi samymi podmiotami nie ponosząc kosztów związanych z procesem weryfikacji kontrahentów. Dalej Odwołujący zaznaczył, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią nie tylko zawarte w wyjaśnieniach dane podwykonawców/ dostawców (ich nazwy), ale i ustalone w ofertach warunki współpracy, w tym ceny, natomiast na zakończenie, podkreślając odnośny fragment tekstu, stwierdził, że: „zastrzeżeniem objął wyłącznie informacje odnoszące się do cen i innych warunków współpracy ustalonych dla niego indywidualnie przez podwykonawców, które zazwyczaj sami podwykonawcy (czy potencjalni podwykonawcy) traktują jako swoją własną tajemnicę przedsiębiorstwa (co znajduje odzwierciedlenie w treści tych ofert). Okoliczność, że są to oferty indywidualnie ustalone dla Wykonawcy ma ogromne znaczenie w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – zastrzegane informacje nie wskazują bowiem, jaki jest ogólny koszt wykonywania danej usługi czy zakupu danych materiałów na rynku, ale obrazują, po jakich kosztach zakupów dokonuje BUDIMEX SA dla potrzeb realizowanych przez siebie zamówień.”

Wskazuje to na brak spójności stanowiska Odwołującego.

Jak wynika ze wstępnych oświadczeń Wykonawcy co do tego co obejmuje zastrzeżeniem, w obydwu postępowaniach, dotyczy ono podmiotów z którymi wykonawca współpracuje. Z uzasadnienia zastrzeżenia wynika, że zasadnicze znaczenie dla Wykonawcy ma kwestia związana z identyfikacją stron tych umów, a tymczasem w końcowej jego części wskazuje na ograniczenie zastrzeżenia do cen i innych warunków współpracy ustalonych dla niego – jak twierdzi - indywidualnie przez podwykonawców. Analiza treści umów, których dotyczy odwołania, wskazuje natomiast, że mają one ramowy charakter, odsyłając w istotnych kwestiach, np. w zakresie cen, do szczegółowych ustaleń, jakie będą przez strony czynione na potrzeby przyszłych przedsięwzięć. Są to ogólne ustalenia dotyczące współpracy stron, nadto jak wynika z dat ich zawarcia, trwającej od dłuższego czasu np. od 2011 r., 2012 r., 2013 r. Trudno zatem - bez przekonującego wykazania, a to nie nastąpiło - przyjąć, że przez tak długi okres samo istnienie współpracy stron pozostało nieujawnione, skoro sam Odwołujący stwierdza, że dobór podwykonawców odzwierciedla jego strategię dla potrzeb wszystkich zamówień. Nadto, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, już w wyniku krótkiego wyszukiwania w zasobach Internetu znalazł informacje o współpracy Odwołującego z niektórymi z tych kontrahentów.

Odwołujący nie przedstawia, w jaki konkretnie sposób odtajnienie określonych informacji w zawartych w umowach osłabiłoby jego pozycję rynkową. Twierdzenia sugerujące, że konkurenci mogliby nawiązać współpracę z tymi podmiotami, która mogłaby skutkować brakiem możliwości skorzystania z tych kontrahentów przez Odwołującego z uwagi na ich ograniczone zasoby, należy uznać za gołosłowne. Odwołujący nie wykazał, że wskazane podmioty nie są znane na rynku, a wiedza o ich działalności nie jest ogólnodostępna, jak też, że np. już nie współpracują z jego konkurentami.

Trudno zatem uznać, że przedmiotowe umowy wypełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym, że wypełniają je w odniesieniu do nazw podwykonawców, skoro Odwołujący w odwołaniu wskazując zakres zaskarżenia w sprawie KIO 1958/22 podał nazwy plików pozwalające na identyfikację podmiotów, co oznacza, że nie traktuje ich jako poufne.

Wbrew stanowisku Odwołującego, zaprezentowanemu na rozprawie, nie można uznać za przekonujący argument, że to, iż w umowach ramowych, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, są informacje, że ceny będą na dalszym etapie zindywidualizowane pod konkretne przedsięwzięcie, wskazuje, że są to informacje, które pozwalają na ustalenie zasad, na jakich Odwołujący współpracuje z tymi podmiotami, które miałyby uzasadniać utrzymanie umów w poufności. Brak wykazania, że umowy zawierają dostępne jedynie Odwołującemu warunki, wskazuje na brak podstaw do utrzymania ich w poufności.

Nie bez znaczenia w tym zakresie jest to, że Odwołujący nie wykazał, że w umowach tych znajdują się postanowienia zobowiązujące obie strony do zachowania w poufności określonych informacji.

Ad załącznik nr 6 do pisma z 31.05.22 r. - Zestawienie kosztów w sprawie KIO 1957/22 oraz Szczegółowe wyjaśnienia - część III pism z 17.06.2022 r. i 30.06.2022 r. w sprawie sygn. akt KIO 1957/22 oraz z 31.05. 2022 r. i z 17.06.2022 r. w sprawie sygn. akt 1958/22

W ocenie Izby również za prawidłową należy uznać ocenę Zamawiającego co do braku wykazania zasadności utrzymania w poufności treści załącznika nr 6 do pisma z 31.05.2022 r., dotyczącego odcinka nr 9.

Udzielone przez Wykonawcę odpowiedzi na pytania postawione przez Zamawiającego (część III Wyjaśnień), z którymi koresponduje ten załącznik, nie zostały przez niego objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nadto w zastrzeżeniu załącznika nie zostało wykazane, aby zawierał on informacje spełniające przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk.

Zwraca w szczególności uwagę brak wykazania przez Odwołującego, które i dlaczego podane w tym załączniku wartości - jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego określone w oparciu o tabelę 2.17 PFU i odpowiadające opracowaniom tam wskazanym - wskazują, że można z tego zastawienia pozyskać wiedzę, która mogłaby narazić Odwołującego na straty

czy przysporzyć korzyści konkurencji. Dopiero w odwołaniu - jak stwierdził - dla unaocznienia tego, jakiego rodzaju informacje zostały zwarte w załączniku nr 6 i tego, że należą do kategorii danych wrażliwych, Odwołujący przedstawił pytania, do których odnosi się załącznik nr 6. uszczegóławiając odpowiedzi z części jawnej wraz z ich opisem. Należy jednak uznać, że jest to działania spóźnione. Jak wyżej wskazano Zamawiający dokonuje oceny skuteczności zastrzeżenia przede wszystkim w oparciu o przedłożone przez wykonawcę uzasadnienie takiego zastrzeżenia wraz z dowodami. Izba natomiast dokonuje oceny prawidłowości wniosków Zamawiającego i związanej z tym czynności odtajnienia bądź utrzymania w poufności określonych informacji. Skoro Zamawiający nie dysponował takimi argumentami, nie mógł poddać ich ocenie.

Na rozprawie Zamawiający przedstawił dowody m.in. w postaci Załącznika nr 4 do umowy zawierającego Wzór tabeli rozliczeniowej, dotyczącej odcinka nr 6, z której wynika, że wybrany wykonawca będzie obowiązany podać szczegółowe wyliczenia ceny oferty. Umowa jako informacja publiczna, może być udostępniana na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznych. W związku z tym zgodzić się należy z Zamawiającym, że bez przekonującego wykazania przez Wykonawcę, że ceny określone w załączniku nr 6 wypełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, nie sposób uznać je za poufne. Tym bardziej, że postępowanie prowadzone jest w systemie „projektuj-buduj”, a z odpowiedzi Wykonawcy na pytanie nr 31 wynika, że przyjęte rozwiązania koncepcyjne na etapie przetargu nie wyłączają wprowadzenia na etapie projektowania kolejnych rozwiązań. W związku z tym trudno uznać, aby ogólne ceny ryczałtowe podane przez Odwołującego w załączniku nr 6, stanowiły jego tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro szczegółowe ceny taką tajemnicą nie będą.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie także uznał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do szczegółowych wyjaśnień treści oferty nie zawiera wykazania wypełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Uzasadnienia przedstawione przez Odwołującego są analogiczne, nie zawierają zindywidualizowanego wskazania na to, które z konkretnych informacji w nich zawartych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i co na to wskazuje, co tę okoliczność potwierdza. Samo wskazanie na numer pytania w wyjaśnieniach z 31.05.2022 r. dotyczących odcinka nr 6, należy uznać za niewystarczające. Wskazuje to na to, iż - jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest szablonem stosowanym przez Wykonawcę w różnych tego typu postępowaniach, bez względu na faktyczny zakres przedmiotu utajnienia, co poddaje w wątpliwość czy argumenty podniesione w uzasadnieniu odnoszą się do dokumentów, których utajnienia Odwołujący

oczekiwał. Treść pytań i udzielanych odpowiedzi objętych zastrzeżeniami jest różna. Ich analiza wskazuje na to, że dotyczą różnych aspektów zamówienia. Nadto trudno, bez właściwego wykazania przez Wykonawcę, uznać, aby każda z zastrzeżonych odpowiedzi wskazywała na unikatowe rozwiązania czy sposób kalkulacji ceny.

Ogólnikowe wzmianki w uzasadnieniu zastrzeżenia dotyczące unikalnego dla Wykonawcy sposobu wykonania zamówienia, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że są to rozwiązania powtarzalne, stosowane w jego przedsiębiorstwie w kolejnych składanych przez niego ofertach i realizowanych zamówieniach, pokazujące jakie rozwiązania zostały przez niego dobrane spośród rozwiązań dopuszczonych w SWZ, jakie ma preferencje, w tym co do metod obniżenia kosztów, nie mogą być uznane za wystarczające dla wykazania wartości gospodarczej informacji. Odwołujący nie wskazał, dlaczego przyjęte przez niego rozwiązania, skoro są stosowane w kolejnych postępowaniach, nie są znane konkurencyjnym wykonawcom. Tym bardziej, że na rozprawie stwierdził, że w branży jest wiadomo jakie preferencje ma każdy z wykonawców, np. jedni mostowe, inni tunelowe. Można zatem przewidzieć, które z nich w zamówieniu w formule „zaprojektuj i wybuduj”, będą przez nich oferowane. Pojawia się zatem pytanie co w tym zakresie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, na które w zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa brak odpowiedzi. Jest natomiast w nich m.in. wskazanie, że przyjęte rozwiązania zostały dobrane z uwzględnieniem wymogów SWZ.

Powyższe, w zestawieniu z tym, że z dowodu w postaci Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu na pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją robót oraz zarządzanie kontraktorem dotyczącym odcinka nr 9, złożonego przez Zamawiającego na rozprawie wynika m.in., że informacje o postępie prac i robót realizowanych w danym okresie będą zamieszczane na stronie internetowej, w tym będą podawane: schemat przebiegu drogi oraz schematy (wraz z opisami) węzłów, skrzyżowań i ciekawych rozwiązań inżynierskich na podkładzie topograficznym, interaktywna wizualizacja całej inwestycji tj. ciągu trasy wraz z obiektami oraz obiektów inżynierskich, interaktywna mapa (umożliwiająca funkcję zbliżania, oddalania, zawężająca odnośniki do poszczególnych elementów projektu z legendą) obrazująca lokalizację inwestycji, nadto będą wykonywane i upubliczniane materiały filmowe dokumentujące postęp prac, wskazuje, że oświadczeń Wykonawcy co do istnienia uzasadnienia do utrzymania w poufności wyjaśnień oferty, nie można uznać za przekonujących.

Skoro, jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, na obecnym etapie postępowania chodzi o wstępne koncepcje, a na właściwy projekt przewidziany jest okres jednego roku, oraz, że właściwe rozwiązania projektowe wymagają szeregu konsultacji, które są jawne, jak również efekt tych prac jest jawny, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, to trudno nie zgodzić

się z Zamawiającym, co do braku w stanowisku Odwołującego niezbędnych elementów dla wykazania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiotowym zakresie. To, że, jak wskazano na rozprawie, obecnie prezentowana koncepcja ma znaczenie z uwagi na to, że pozwala zweryfikować jej zasadność z PFU, sama w sobie, nie przesądza o jej poufności.

Cena oferty Odwołującego jest znana, jak również – co wynika z oświadczenia Odwołującego na rozprawie – preferencje co do stosowanych rozwiązań projektowych czy materiałowych poszczególnych wykonawców są znane. Trudno zatem za przekonujący uznać argument dotyczący ich poufności, jak też ewentualnego kopiowania rozwiązań Odwołującego do własnych ofert i wykorzystywania ich w innych postępowaniach. Skoro każdy z wykonawców ma swoje preferencje, znane innym wykonawcom, to trudno zakładać, że będą oni zainteresowani rezygnacją z nich na rzecz tych rozwiązań, które preferuje Odwołujący. W każdym razie nie zostało to wykazane. Nie zostało wykazane, że zastrzegane wyjaśnienia „obrazują” know-how Odwołującego, nie zostało nawet przekonująco wyjaśnione, dlaczego ewentualne kopiowanie rozwiązań wiązałoby się z utratą przez Odwołującego zysków z kolejnych zamówień.

Z tych względów w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp przez odtajnienie dokumentów, co do których Odwołujący podtrzymał wolę utrzymania ich w poufności, a także zarzut naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

Odwołujący nie podniósł i nie wykazał, aby zaskarżona czynność odtajnienia naruszała ww. zasady. Nie wskazał np., że Zamawiający w odniesieniu do analogicznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionego w postępowaniu przez innego wykonawcę, podjął odmienną decyzję, czy też, aby czynność odtajnienia naruszała uczciwą konkurencję w postępowaniu. Odwołujący wskazał natomiast na rozprawie, że odtajnione przez Zamawiającego informacje nie prowadzą do zwiększenia konkurencyjności, na co wskazuje brak zainteresowania przystąpieniem do postępowania przez innych wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. Inni wykonawcy działający w branży mają bowiem wiedzę co może być w zastrzeganych informacjach.

Powyższe wskazuje na brak naruszenia także powyższego przepisu.

Ad zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 Pzp poprzez sformułowanie uzasadnienia decyzji dotyczącej odtajnienia informacji i dokumentów w całości zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w sposób lakoniczny i blankietowy, co utrudnia lub zupełnie

uniemożliwia poznanie i analizę podstaw dokonanego odtajnienia, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 16 pkt 2 Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 2) przejrzysty;*

W ocenie Izby, treść uzasadnienia przez Zamawiającego swoich decyzji o odtajnieniu informacji/dokumentów, co do których Odwołujący podjął próbę ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nawet, jeśli przyjąć, że mogłaby być pełniejsza, nie pozbawiła Odwołującego możliwości jej podważenia. Argumentacja Zamawiającego jest na tyle zrozumiała, że pozwala na poznanie motywów podjęcia decyzji o odtajnieniu, w tym sposobu rozumienia przez Zamawiającego terminu „wykazania”, co pozwoliło na podjęcie polemiki przez Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego.

Treść odwołań, a także okoliczność, że Odwołujący odstąpił od utrzymywania w poufności szeregu informacji/dokumentów, co do których wcześniej wskazywał na istnienie podstaw do utrzymania ich w tajemnicy, wskazuje, że Odwołujący zrozumiał powody odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez niego dokumentów.

Zamawiający odniósł się do treści przedstawionego przez Odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawiając swoją ocenę wybranych argumentów, jakich użył Wykonawca. Przedstawił m.in. wyniki przeprowadzonej analizy zastrzeganych umów, wskazując w sprawie KIO 1957/22 np. na upływ czasu na jaki została zawarta umowa z załącznika nr 5a tj. 31 marca 2020 r. i brak informacji o jej dalszym obowiązywaniu, czy brak wskazania cen obowiązujących strony w załącznikach 5c, 5d, 5e, 5h, 5i, a jedynie zawarcie w nich postanowień, że podlegają one indywidualnym kalkulacjom dla danego kontraktu (załączniki nr 5d, 5e i 5i) lub odnoszą się do załączników, których Wykonawca nie załączył (załącznik nr 5h). Ponadto wskazał, że z umowy przedstawionej w załączniku nr 5c wynika, że cena ustalona między stronami miała wynikać z cen ustalanych każdorazowo w oparciu o „notowania cen dla ciężkiego oleju opałowego 3,5% siarki zgodnie z CIF NWE publikowanego w PLATTS”, co jego zdaniem przemawia za tym, że ceny te nie miały charakteru indywidualnego lub świadczą o specjalnym potraktowaniu Wykonawcy. W sprawie KIO 1958/22 Zamawiający podał m.in., że w jego ocenie w uzasadnieniu Wykonawca posługuje się jedynie uogólnieniami, które nie dają żadnej konkretnej wiedzy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a niepowtarzalność rozwiązań oraz autorski charakter informacji nie wynika z szczególnych (wyjątkowych) rozwiązań przyjętych przez Wykonawcę, lecz z konieczności dostosowania rozwiązań do specyfiki samego zamówienia

w zakresie ram określonych w PFU, zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami projektowania i wykonywania robót budowlanych.

W związku z tym w ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego zasady przejrzystości.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odwołaniach, z którego wynika, że konstrukcja uzasadnienia odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeganych przez Odwołującego dokumentów, miałyby być uznane za nieskuteczną próbę odtajnienia.

Wskazuje ono bowiem na próbę odwrócenia uwagi od tego, że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania wypełnienia co do zastrzeganych informacji przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem to uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę zamawiającemu jest poddawane ocenie, a brak wykazania wypełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznaje się za skutkujące odtajnieniem przez zamawiającego informacji.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołań w sprawach KIO 1957/22 i KIO 1958/22.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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:

Członkowie:

.....