

WYROK
z dnia 2 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2018 r. przez wykonawcę **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A z siedzibą w Parmie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Metrostav Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;
- B. wykonawcy **Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A z siedzibą w Parmie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A z siedzibą w Parmie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **Impresa Pizzarotti & C. S.p.A z siedzibą w Parmie** na rzecz zamawiającego **Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa — Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków: Część nr 1; odc. realizacyjny granica województwa świętokrzyskiego — węzeł Szczepanowice (bez węzła), długości ok. 23,3 km. Część nr 2: odc. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) — węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14 km. Część nr 3: odc. węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2015 r. pod numerem 2015/S 184-333396. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Ustawa Pzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.: Dz. U. z 2013 r., poz. 984, Dz. U. z 2013 r. poz. 1047, Dz.U. z 2013 r., poz. 1473, Dz. U. z 2014 r. poz. 423, Dz. U. z 2014 r., poz. 811, Dz. U. z 2014 r., poz. 915, Dz. U. z 2014 r., poz. 768, Dz. U. z 2014 r., poz. 1146, Dz. U. z 2014 r., poz. 1232, Dz. U. z 2015 r., poz. 349, Dz. U. z 2015 r., poz. 478, Dz. U. z 2015 r., poz. 605). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp.

W dniu 15 lutego 2018 r. wykonawca Impresa Pizzarotti & C. S.p.A z siedzibą w Parmie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w ramach Części nr 3 zamówienia: odc. węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km polegających na badaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa oraz odtajnieniu w całości wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami, a także na wyznaczeniu terminu odtajnienia wyjaśnień Odwołującego na dzień 12 lutego 2018 r., (następnie przesuniętego przez Zamawiającego na dzień upływu terminu do złożenia odwołania, to jest na dzień 15 lutego 2018 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp w związku z art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp oraz w związku z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, a także w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „u.z.n.k.”) poprzez

całkowicie błędne stwierdzenie, że Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji odtajnienie w całości wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami, podczas gdy Zamawiający powinien był przyjąć, że Odwołujący skutecznie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, i nie odtajniać tych informacji,

2. art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez odtajnienie wyjaśnień Odwołującego dotyczących m, in. elementów mających wpływ na wysokość ceny, co stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie zostali wezwani do złożenia takich wyjaśnień, a po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami Odwołującego wykonawcy ci uzyskują nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną;
3. art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp poprzez całkowicie błędne określenie terminu odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z załącznikami na dzień 12 lutego 2018 r. (przesunięty następnie na dzień upływu terminu do złożenia odwołania, tj. na dzień 15 lutego 2018 r.), podczas gdy wyjaśnienia Odwołującego stanowią załączniki do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, a jako takie powinny zostać odtajnione dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania.

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu w całości wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami;
3. nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego polegającej na badaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r. (wraz z załącznikami);
4. nakazanie Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r. w zakresie objętym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa znajdującym się w tych wyjaśnieniach, ewentualnie w zakresie określonym w pkt III Uzasadnienia niniejszego odwołania (jako wyłączenia);
5. nakazanie Zamawiającemu ustalenia terminu odtajnienia wyjaśnień Odwołującego niezastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa na termin nie wcześniejszy niż moment dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według

norm prawem przewidzianych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane.

Uzasadniając spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż jego oferta zawiera najniższą cenę, a więc ma szansę zostać wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie, na skutek podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonej czynności odtajnienia wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. (z załącznikami) w zakresie objętym zastrzeżeniem poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący może ponieść szkodę poprzez ujawnienie innym wykonawcom oraz ewentualnie innym podmiotom, w przypadku złożenia przez nie wniosków w trybie określonym w ustawie o dostępie do informacji publicznej, informacji z zakresu m. in. sposobu kształtowania cen przez Odwołującego, danych kontrahentów Odwołującego, stawek wynagrodzeń pracowników, wynegocjowanych z podwykonawcami stawek za wynajem sprzętu wraz z operatorem czy stawek za pozyskanie finansowania pozyskania sprzętu (koszty leasingu). Powyższe działanie może się przyczynić do spadku konkurencyjności Odwołującego oraz utraty jego pozycji rynkowej na rzecz innych wykonawców. Odwołujący podkreślił, że jego interes prawny przejawia się także w tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone w zgodzie z literą prawa.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp oraz w zw. z art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, a także w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie ustalił, że Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wykazał obligatoryjnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał swojej analizy jedynie w oparciu o końcowy fragment wyjaśnień Odwołującego odnoszący się bezpośrednio do tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem Zamawiający powinien dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego na podstawie całości złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, z uwzględnieniem specyfiki branży oraz własnej wiedzy i doświadczenia Zamawiającego, a także z uwzględnieniem informacji powszechnie znanych. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w swoich wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. wskazał okoliczności przesądzające o tym, że przekazane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności Odwołujący wykazał, że podjął stosowne kroki w celu ochrony tych informacji przed upublicznieniem, a to poprzez ograniczenie kręgu osób mających dostęp do informacji jak i ograniczenie zakresu informacji udzielanej poszczególnym osobom. Ponadto Odwołujący wykazał, że osoby te muszą dysponować

specjalnym upoważnieniem do dostępu do tych informacji. Uzasadniając powyższe Odwołujący powołał się na orzeczenia KIO w sprawach o sygn. KIO 903/13 oraz KIO 1015/17.

Odwołujący dodał, iż oczywistym i powszechnie wiadomym jest, że informacje takie jak specyficzna dla wykonawcy organizacja i struktura, indywidualnie przez niego wynegocjowane warunki pozyskania sprzętu i jego operatorów czy wykonania prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, czy też stawki wynagrodzeń pracowników, mają wartość gospodarczą. Uzyskanie tych informacji przez podmioty konkurencyjne pozwoliłoby im na ograniczenie kosztów lub zwiększenie zysku, co Odwołujący wskazywał m. in. na stronach 23 - 26 wyjaśnień z dnia 31 stycznia 2018 r. Ponadto zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie zinterpretował wynikający z art. 8. ust. 3 Ustawy Pzp obowiązek „wykazania” przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jako obowiązek „udowodnienia” tej okoliczności. Tymczasem użyte przez ustawodawcę słowo „wykazać” nie jest tożsame z „udowodnić”, wobec czego wymogi dotyczące wykazania istnienia przesłanek do uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy ustalać za każdym razem indywidualnie, nie wykluczając przy tym oświadczeń Wykonawcy (w tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt 1015/17).

W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego ocena skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r., wyrażona w lakonicznym uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu z dnia 5 lutego 2018 r., jest oceną powierzchowną. Odwołujący podniósł również, że po otrzymaniu wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń co do skutecznego zastrzeżenia przez Odwołującego tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych w tych wyjaśnieniach informacji. Powodowało to u Odwołującego przekonanie, że tak sformułowane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawidłowe, wystarczające i nie budzi wątpliwości Zamawiającego co do skuteczności. Jeśli byłoby inaczej, Zamawiający w kolejnym wezwaniu wystosowanym do Odwołującego dnia 24 stycznia 2018 r., wskazałby na nieskuteczność przedmiotowego zastrzeżenia, co doprowadziłoby niewątpliwie do uszczegółowienia zastrzeżenia w kolejnych wyjaśnieniach Odwołującego - to jest w piśmie z dnia 31 stycznia 2018 r. Odwołujący podkreślił także, że mimo zmiany Ustawy Pzp w zakresie przepisów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie jest zakazane zwracanie się przez Zamawiającego do wykonawców z wezwaniem o doprecyzowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a możliwość żądania wyjaśnień co do zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa nie była i nie jest wprost wyłączona przez Ustawę Pzp. W mniemaniu Odwołującego tak właśnie powinien był

postąpić Zamawiający, aby nie naruszyć zaufania Odwołującego i dobrych praktyk. Odwołujący podniósł również, że ocena, czy dane informacje powinny być uznane za poufne, powinna być dokonywana z uwzględnieniem specyfiki danej branży i odwołał się w tym zakresie do wyroku KIO z dnia 2 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1745/13. Ponadto Odwołujący odwołał się do orzecznictwa cytowanego na stronie 23 i nast. wyjaśnień z 31 stycznia 2018 r., traktującego o charakterze technologicznym, handlowym (wyrok SN, I CKN 304/00) czy organizacyjnym (wyrok WSA w Warszawie, II SA/Wa 1328/12) informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy uwzględnieniu tych kryteriów, w połączeniu ze wskazaną w cytowanym wyżej wyroku KIO 1745/13 wytyczną oceniania spełniania przesłanek poufności, zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że wskazywane w wyjaśnieniach oraz załącznikach do nich informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzyskanie przez podmioty konkurencyjne dostępu do tych informacji skutkowało by mogło uzyskaniem przez nie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej. Pozyskanie tych informacji może bowiem wpływać na sposób kalkulowania ceny, jak również umożliwiałyby uzyskanie oszczędności lub zwiększenie zysku. Okoliczności te w ocenie Odwołującego przesądzają o tym, że zastrzeżone przez Odwołującego informacje mają wartość gospodarczą.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, Odwołujący podniósł, iż odtajnienie jego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie zostali wezwani do złożenia takich wyjaśnień, gdyż po zapoznaniu się z odtajnionymi wyjaśnieniami Odwołującego wykonawcy ci uzyskają nieuzasadnioną przewagę konkurencyjną. Odwołujący wskazał na wyrażony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert prowadzi do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Podkreślił również, że upublicznienie informacji wskazanych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, skutkowało będzie naruszeniem zasady uczciwej konkurencji nie tylko w tym konkretnym postępowaniu, ale także w każdym innym, w którym wykonawca powoływać się będzie na określone zasoby, rozwiązania organizacyjne lub technologiczne czy zależności biznesowe.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew normie prawnej wyrażonej w ww. przepisie wyznaczył termin odtajnienia wyjaśnień Odwołującego pierwotnie na dzień 12 lutego 2018 r., a następnie poinformował wykonawców (w tym Odwołującego), że powstrzymuje się z odtajnieniem informacji

złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 oraz/lub art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podjętą przez Zamawiającego czynności odtajnienia, tj. do dnia 15 lutego 2018 r. Odwołujący stwierdził, że zarówno termin odtajnienia wyjaśnień Odwołującego wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 12 lutego 2018 r., jak i na dzień 15 lutego 2018 r., są terminami ustalonymi *contra legem*. Zamawiający nie ma dowolności w ustalaniu terminu odtajnienia wyjaśnień i winien zastosować się do nie budzącej wątpliwości interpretacyjnych treści art. 96 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 96 ust. 2 Ustawy Pzp (w tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO 1378/16).

Ponadto Odwołujący wskazał, że po otrzymaniu informacji o czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu w całości wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i z dnia 31 stycznia 2018 r., dokonał ponownej analizy zakresu zastrzeżenia informacji objętych tajemnicą swojego przedsiębiorstwa. Ta ponowna analiza doprowadziła Odwołującego do wniosku, że co do wybranych informacji i załączników dyskusyjnym być może, czy informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.. W konsekwencji Odwołujący wskazał, iż wyraża zgodę na ograniczenie zawartego w wyjaśnieniach z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. zakresu zastrzeżenia tajemnicy swojego przedsiębiorstwa i ich odtajnienie z wyłączeniem treści i załączników wyszczególnionych w punkcie III uzasadnienia odwołania. Zdaniem Odwołującego we wskazanym tam zakresie (określonym jako wyłączenia) Odwołujący bezdyskusyjnie, skutecznie zastrzegł tajemnicę swojego przedsiębiorstwa). W pozostałym zaś zakresie wyjaśnienia mogą zostać odtajnione bez ryzyka wyrządzenia Odwołującemu znacznej szkody.

Zamawiający w dniu 26 lutego 2018 r. w formie elektronicznej, a w dniu 27 lutego 2018 r. na piśmie złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający powołał się na okoliczność, iż art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp stanowi wyjątek od ustawowo nadrzędnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i instytucję tę należy interpretować zawężająco i stosować jedynie w wyjątkowych oraz uzasadnionych okolicznościach. Zamawiający podkreślił, iż dla skuteczności skorzystania przez Wykonawcę z prawa wyłączenia jawności odnośnie udostępnianych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarczy samo poczynienie takiego zastrzeżenia w ofercie lub wraz z przekazywanymi wyjaśnieniami, czy uzupełnianymi dokumentami, ponieważ konieczne jest równoczesne (tj. z chwilą dokonania zastrzeżenia)

wykazanie przez wykonawcę, iż konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. odnośnie konkretnych informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takie zastrzeżenie czyni. Zamawiający, powołując się na wyroki Izby o sygn. akt KIO 279/15 i KIO 561/15, wskazała dodatkowo, iż w ramach weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający może bazować jedynie na informacjach przekazanych przez samego wykonawcę, a zatem wszelkie braki w zakresie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia faktu zastrzeżenia będą determinowały konieczność stwierdzenia braku obligatoryjnego na gruncie Ustawy Pzp wykazania przez Wykonawcę, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem rynku gospodarczego, a zatem pozostaje zobligowany do dołożenia należytej staranności w wykazaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Po przeprowadzeniu analizy dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 roku i z dnia 31 stycznia 2018 roku wraz z załącznikami Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał trzech obligatoryjnych przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczając się jedynie do ogólnikowych, lakonicznych stwierdzeń, co zgodnie z poglądami przeważającymi w orzecznictwie i doktrynie dyskwalifikuje poczynione przez Odwołującego zastrzeżenie z punktu widzenia jego skuteczności i obowiązywania. Zamawiający powołał się na wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, że słowo „wykazał” użyte w art. 8 Ustawy Pzp nie jest równoznaczne ze słowem „uprawdopodobnił,” gdyż ma silniejszy walor informacyjny niż prawdopodobieństwo i jakkolwiek nie jest tożsame ze słowem „udowodnił” to jest mu zdecydowanie bliższe. Zamawiający podniósł ponadto, iż żadna z przesłanek kwalifikacji informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wynikająca z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie została przez Odwołującego w jakikolwiek sposób wyjaśniona, a wykonawca ograniczył się do przytoczenia jedynie treści przywołanego przepisu, orzecznictwa dotyczącego rozumienia pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ogólnikowego lakonicznego stwierdzenia, że wskazane informacje są udzielane wyłącznie upoważnionym pracownikom Odwołującego, w uzasadnionych i niezbędnych wypadkach celem realizacji konkretnego projektu.

Nieuprawnione zdaniem Zamawiającego są także dywagacje Odwołującego o rzekomej powinności zwrócenia uwagi co do sposobu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa po złożeniu pierwszych wyjaśnień. W świetle treści art. 8 ust. 3 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winno nastąpić w momencie dokonywania czynności udostępniania tych

informacji Zamawiającemu, tj. równocześnie z ich przekazaniem, co oznacza że nie może być uzupełnione - także na wezwanie Zamawiającego, a ponadto w Ustawie Pzp nie wskazano w jakim terminie Zamawiający ma dokonać oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę. Odwołujący jest kwalifikowanym podmiotem obrotu gospodarczego, a zatem winien z należytą starannością, charakterystyczną dla profesjonalisty dopełnić wymogów prawnych celem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w tym zakresie nie tylko nie jest zobowiązany ale wręcz nie jest uprawniony do domniemywania skuteczności lub zasadności zastrzeżenia.

W ocenie Zamawiającego niezasadny jest również zarzut Odwołującego, że ocena skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana przez Zamawiającego była powierzchowna i automatyczna. Zamawiający zbadał dokładnie zastrzeżenia wszystkich siedmiu (7) wykonawców, którzy zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 i art. 87 ust. 1 Pzp. W wyjaśnieniach czterech (4) z tych Wykonawców Zamawiający uznał, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa były właściwe i odtajnił tę część wyjaśnień, która nie była objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast w wyjaśnieniach trzech (3) spośród ww. wykonawców - w tym w wyjaśnieniach Odwołującego - Zamawiający uznał, że nieskutecznie zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji je w całości odtajnił. Zarzut, że uzasadnienia odtajnienia są odnośnie trzech wykonawców podobne jest nieuzasadnione gdyż okoliczności, z powodu których odtajniono te trzy wyjaśnienia były takie same, a w konsekwencji dla zachowania zasady równego traktowania powody odtajnienia musiały być takie same.

Zamawiający wskazał także, iż niezasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający potraktował wszystkich wykonawców, którzy zostali wezwani do wyjaśnień w sposób jednakowy wysyłając do wszystkich takie samo wezwanie do wyjaśnień i stosując te same zasady przy badaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach. Sposób działania Zamawiającego dowodzi zachowania wszelkich standardów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności przestrzegania zasady równości wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż brak należytego wykazania przez Odwołującego, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powoduje brak zaktualizowania się zakazu ich ujawniania (informacje te nie nabierają charakteru poufnego i nie podlegają ochronie), toteż taka sytuacja obliuguje Zamawiającego do uznania przedmiotowego zastrzeżenia za bezskuteczne, w związku z czym przedmiotowe informacje będą podlegały udostępnieniu na zasadach określonych w art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w ramach ogólnej zasady jawności

postępowania i protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Z tych też względów Zamawiający postanowił odtajnić informacje nieskutecznie zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w terminie 15 lutego 2018 roku (termin do wniesienia odwołania). Nie doszło przy tym do naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp, gdyż przepisy te nie mówią o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (w tym zakresie Pzp nie przewiduje w jakim terminie Zamawiający ma odtajnić informacje) lecz o udostępnieniu dokumentów w postępowaniu, stanowiąc że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania - co Zamawiający zamierza respektować. Zamawiający nie postanowił udostępnić informacji zastrzeżonych przez Odwołującego a tylko postanowił, że je odtajni w terminie 15 lutego 2018 roku.

Zamawiający na posiedzeniu przed Izłą złożył pismo zatytułowane „Stanowisko Zamawiającego,” w którym podtrzymał twierdzenia przedstawione w odpowiedzi na odwołanie i przedstawił dodatkową argumentację.

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

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłaszanych przez wykonawcę Metrostav Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy. Oba zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 16 lutego 2018 r., a zatem 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia został zachowany. Przystępujący wskazali również stronę, do której przystępują (Zamawiającego) oraz interes w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść tej strony, a kopie zgłoszenia przystąpień zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

Izba na posiedzeniu, działając na podstawie art. 185 ust. 4 Ustawy Pzp, postanowiła oddalić opozycję Odwołującego wobec przystąpienia ww. wykonawców do postępowania odwoławczego uznając, że Odwołujący nie uprawdopodobnił, iż wykonawcy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie mają interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba wskazuje, że przepis art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp nie zawęża pojęcia interesu czy to do interesu prawnego, czy też do interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy go interpretować szeroko. Ustawodawca odmiennie określił interes konieczny do wniesienia odwołania oraz interes do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, który może polegać w szczególności na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przystępujący uczestniczy w sposób prawidłowy, zgodny z przepisami ustawy. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może być oceniane jedynie przez pryzmat sytuacji przystępującego w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia. W ocenie Izby zgłaszający przystąpienie mieli interes w tym, aby odwołanie zostało oddalone, gdyż doprowadziłoby to do realizacji jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania. Nadto sam dostęp do informacji znajdujących się w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. może mieć dla zgłaszających przystąpienie istotne znaczenie z punktu widzenia zabezpieczenia ich praw, w szczególności w przypadku wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej od dalszych czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, w tym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, informację o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie części 3, specyfikację istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, wezwanie Zamawiającego z dnia 7 listopada 2017 r. skierowane do Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny oraz wyjaśnienia treści oferty, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r., ponowne wezwanie Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2018 r. skierowane do Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny oraz wyjaśnienia treści oferty, wyjaśnienia Odwołującego z 31 stycznia 2018 r., pismo Zamawiającego z dnia 5 lutego 2018 r. o odtajnieniu w całości wyjaśnień Odwołującego wraz z załącznikami., pisma Odwołującego z dnia 7 lutego 2018 r. i 12 lutego 2018 r., pismo Zamawiającego z dnia 12 lutego 2018 r. o powstrzymaniu się z odtajnieniem informacji złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 oraz/lub art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania. Izba dopuściła także dowody z dokumentów przedstawionych

przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wzięły pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 27 lutego 2018 roku, jak również przedstawione w złożonych przez Odwoływającego i Zamawiającego pismach. Podczas rozprawy Odwoływający i Zamawiający podtrzymali w całości stanowiska prezentowane we wniesionych pismach. Przystępujący poparli w całości stanowisko Zamawiającego.

Izba na rozprawie postanowiła o oddaleniu złożonego przez Odwoływającego wniosku o skierowanie pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej wobec braku uzasadnienia dla takiego stanowiska oraz uznania, że dla wydania wyroku w niniejszej sprawie nie jest niezbędnym uzyskanie odpowiedzi na wskazane przez Odwoływającego pytanie dotyczące relacji pomiędzy art. 8 Ustawy Pzp a art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”). Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, że w rozpoznawanej sprawie nie istnieje zagadnienie prawne, które wymaga wyjaśnienia w rozstrzygnięciu pytania prejudycjalnego, a zatem wniosek Odwoływającego zmierzał do przedłużenia postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w Części 3 jest projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa — Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego - Kraków: odc. węzeł Widoma (bez węzła) - Kraków (z włączeniem do węzła Igołomska), długości ok. 18,3 km, w zakresie opisanym w punkcie 5.1. Rozdziału 1 Instrukcji dla Wykonawców (IDW).

W postępowaniu złożonych zostało 11 ofert, w tym oferta Odwoływającego i obu Przystępujących.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w dniu 7 listopada 2017 r. wezwał część wykonawców, w tym Odwoływającego w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwoływający pismem z dnia 28 listopada 2017 r. złożył stosowne wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając, że nie wyraża zgody na udostępnienie informacji w nich zawartych, przedstawionych w punktach A1, A3, A4, A5, A6, A7, A8, A9, A10, A11, A13, A14, A15, A16, A17, A18, A19, A20, A21, A22, A23, A26, A27, A28, A30, A32, B1, B2, B3, B4, B5, B6, B7, B8, B9, B10, B11, B13, B14, B16, B19, B20, B25, B26, B27, B29, B30, C1, C2, C3, C4, C5, C6, C7, C8, C11, C12, C13, C15, C16, C18, C20, C28, C29, C31, C33, C37, C40, C42, C43, C44, C51, C53, C54, C55, C56,

C57 i C60 oraz w załącznikach B2a, B2b, B2c, B19, B23, C3, C11, C12 i C58 jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W dniu 23 stycznia 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. W dniu 31 stycznia 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których również zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udostępnienie informacji zawartych w tych wyjaśnieniach w całości, tj. w punktach od Ad. 1 do Ad. 17 oraz w załącznikach do wyjaśnień o numerach 1a, 1b, 1c, 1d, 2a, 3a, 3b1, 3b2, 4b, 5a, 5c, 5f, g, 6c, 6d, 7a1, 7a2, 9a, 9b, 10b, 10c, 11, 12, 13, 14, 16, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Zamawiający w dniu 5 lutego 2018 r. poinformował Odwołującego, iż w wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 28 listopada 2017 r. oraz dodatkowych wyjaśnień z dnia 31 stycznia 2018 r., odtajnia w całości złożone wyjaśnienia wraz z załącznikami. Zamawiający wskazał, iż wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 30 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1743/16) oraz wskazał, że Odwołujący nie wykazał trzech obligatoryjnych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa: nie wykazano z jakiego powodu podane informacje stanowią jedną z informacji wskazanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazano, że podjęto działania niezbędne do zachowania informacji w poufności. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia prowadzą się do ogólnikowych, lakonicznych stwierdzeń, których nie można uznać za wykazanie wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz przytoczenia orzeczeń sądów i KIO. Zamawiający poparł powyższe cytując orzeczenie KIO z dnia 29 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 570/15) wskazujące, że samo złożenie uzasadnienia nie zawsze będzie „wykazaniem,” o którym mowa w art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, a wykazać oznacza więcej aniżeli wyjaśnić oraz, że nie będą spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia. Z uwagi na powyższe, Zamawiający poinformował Odwołującego, iż z dniem 12 lutego 2018 r. odtajnia złożone wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Odwołujący w dniu 7 lutego 2018 r. złożył pismo zawierające wniosek o reasumpcję decyzji o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 31 stycznia 2018 r. wraz z załącznikami i zaniechanie odtajnienia w dniu 12 lutego 2018 r. wskazanych w treści pisma załączników w określonym tam zakresie. Ponadto Odwołujący w dniu 12 lutego 2018 r. przedstawił Zamawiającemu swoje stanowisko, wnosząc także o reasumpcję decyzji o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 28 listopada 2017 r. wraz z załącznikami oraz wstrzymanie upublicznienia odtajnionych

informacji do dnia, w którym upłyne termin do wniesienia odwołania, a w przypadku skorzystania z tego środka ochrony prawnej do dnia rozstrzygnięcia przez KIO.

Zamawiający pismem z dnia 12 lutego 2018 r. oświadczył, iż wstrzymuje się z odtajnieniem informacji złożonych w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 oraz/lub art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania od podjętej przez Zamawiającego czynności odtajnienia, tj. do dnia 15 lutego 2018 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3, 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) nie potwierdził się. Odwołujący kwestionował uznanie przez Zamawiającego, iż nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym w szczególności treści wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. oraz zawartego w tych wyjaśnieniach uzasadnienia zastrzeżenia poufności określonych informacji, nie pozwala na uznanie, że Odwołujący wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tak jak tego wymaga art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16). Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania i aktualnym obecnie) postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,

zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. W stanie prawnym obowiązującym po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r., która w sposób istotny zmieniła brzmienie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp, rolą Zamawiającego nie jest już prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w stanie prawnym obowiązującym przez ww. nowelizacją. Ustawodawca, chcąc ukrócić nadmierne i nieuzasadnione zastrzeganie przez wykonawców wszelkich informacji, które nie mają przymiotu tajemnicy, wskazał w ww. przepisie, że samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17).

Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy Ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał wykazując, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący zobowiązany był wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., tj. że określone informacje nie były ujawnione do wiadomości publicznej, że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość

gospodarczą oraz, że w stosunku do tych informacji Odwołujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby 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 u.z.n.k. Izba wskazuje, że to przede wszystkim od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, zależy czy wystarczającym będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze czy zasady działania na danym rynku, czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17). Dlatego jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na trudności związane z wykazaniem okoliczności nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji, jako że dowody w tym przypadku musiałyby potwierdzać okoliczność negatywną i w tym zakresie co do zasady wystarczające może być złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, np. poprzez wprowadzanie stosownych polityk bezpieczeństwa informacji czy zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1684/16, wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba wskazuje, iż treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych odpowiednio w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r., sprowadzała się do stwierdzenia, że zawarte w wyjaśnieniach (w odpowiednich ich punktach i załącznikach) informacje stanowią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, jak również wskazania, że informacje te są udzielane wyłącznie upoważnionym pracownikom wykonawcy w uzasadnionych i niezbędnych wypadkach celem realizacji konkretnego projektu. Poza powyższym stwierdzeniem w uzasadnieniu zastrzeżenia poufności informacji

zawartych zarówno w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. jak i z 31 stycznia 2018 r. Odwołujący powołał się wyłącznie na treść art. 11 ust. 4 u.z.n.k. oraz orzecznictwo Sądu Najwyższego i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie wskazujące jak należy rozumieć przesłanki określone w tym przepisie. W treści obu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie przedstawiono jakiegokolwiek dalszej argumentacji uzasadniającej poufność informacji niż opisana powyżej, poza wskazaniem, iż Odwołujący potwierdza, że wskazane w wyjaśnieniach informacje spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby nie sposób uznać, by Odwołujący wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za wykazanie nie może być uznane wyżej opisane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa. Po pierwsze Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił (poza złożeniem samego oświadczenia), w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji ani nie wyjaśnił charakteru tych informacji (czy stanowią one informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa czy inne informacje posiadające wartość gospodarczą), podczas gdy zastrzegł jako poufną przeważającą część wyjaśnień i załączników do tych wyjaśnień. Izba wskazuje, iż na gruncie u.z.n.k. ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, a w konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsekwencją powyższego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W rozpatrywanej sprawie Odwołujący, poza oznajmieniem, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa czy inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w żaden sposób do kwestii wartości gospodarczej się nie odniósł. Tym samym Zamawiający prawidłowo ocenił, że Odwołujący przesłanki tej nie wykazał.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostał także ciężarowi wykazania, że podjęte zostały przez niego niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. Z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wynika, że niewystraszające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz mają to być działania „niezbędne.” Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności w całym procesie konstruowania ceny począwszy od dostawcy (podwykonawcy), przez pośredników, do zespołu ofertowania u wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z 26 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 703/17). Ten element uzasadnienia zastrzeżenia Odwołujący sprowadził do

lkonicznego oświadczenia, że zastrzeżone informacje są udzielane wyłącznie upoważnionym pracownikom w uzasadnionych i niezbędnych wypadkach celem realizacji konkretnego projektu. Odwołujący nie wskazał jakie metody i sposoby ochrony informacji zastosował w stosunku do informacji, których poufność zastrzegł w przedmiotowym postępowaniu, nie wyjaśnił jakie procedury w tym zakresie stosowane są w jego firmie, w szczególności czy wdrożono u niego stosowne polityki bezpieczeństwa informacji, czy stosuje jakiegokolwiek klauzule poufności w umowach z pracownikami, współpracownikami, podwykonawcami, czy też podjął jakieś inne niż wskazane przykładowo powyżej działania w celu zachowania poufności informacji. Zaniechanie to uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy Odwołujący faktycznie wdrożył procedury w celu ochrony informacji poufnych, a po drugie czy te procedury są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. Zamawiający, dysponując jedynie oświadczeniem Odwołującego o udzielaniu informacji wyłącznie upoważnionym pracownikom w uzasadnionych i niezbędnych wypadkach, nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości i potwierdzić, że u Odwołującego rzeczywiście obowiązują określone metody ochrony informacji. W ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było obiektywnie problematyczne czy utrudnione, jak wskazywano już bowiem powyżej, działania w celu zachowania poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać (wewnątrzorganizacyjne regulaminy, klauzule stosowane w umowach z pracownikami czy kontrahentami, etc.).

W tym kontekście wskazać należy, iż nie sposób przyznać racji twierdzeniom Odwołującego, że Zamawiający, na podstawie całości złożonych wyjaśnień z uwzględnieniem specyfiki branży oraz własnej wiedzy i doświadczenia, winien był uznać, iż Odwołujący skutecznie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To rolą wykonawcy jest wykazać, że określone informacje spełniają kumulatywnie wszystkie przesłanki wskazane w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu, spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony, na co zwrócono uwagę już powyżej, przepisy Ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru

mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczyłoby zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący jako profesjonalista powinien mieć tego świadomość, tym bardziej, że z analogicznych powodów, tj. ze względu na niewykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, odtajniono treść wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi na „Projekt i budowę drogi ekspresowej S19 Lublin – Rzeszów, odc. Koniec obw. Kraśnika – węzeł „Sokołów Młp. Północ,” którego dokumentację złożył podczas rozprawy Zamawiający.

Nie sposób zgodzić się również z Odwołującym, iż brak zgłoszenia przez Zamawiającego zastrzeżeń co do skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z 28 listopada 2017 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa mógł uzasadniać jego przekonanie, że sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa był prawidłowy. Przepisy Ustawy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku dochowania określonego terminu badania skuteczności takiego zastrzeżenia. To obowiązkiem wykonawcy jest, aby najpóźniej w chwili składania dokumentu zawierającego informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia. Za chybione Izba uznała także stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający powinien był zwrócić się do niego o doprecyzowanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu wykonawcy do doprecyzowania zastrzeżeń czy uzupełnienia dowodów mających potwierdzać, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowiłoby naruszenie art. 8 ust. 3 Ustawy Pzp. W orzecznictwie KIO dopuszcza się co najwyżej możliwość wyjaśnienia pewnych niejasności, które mogą się nasunąć Zamawiającemu w wyniku lektury uzasadnienia zastrzeżenia, w odniesieniu do informacji i dowodów przedstawianych przez wykonawcę w tym zastrzeżeniu. Jednakże wyjaśnienia takie nie mogą sprowadzać się do umożliwienia wykonawcy przedstawienia całkowicie nowych okoliczności, których wykonawca zaniechał wskazać w terminie, w którym winien był to uczynić (w przedmiotowym przypadku wraz z wyjaśnieniami z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r.) Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości zwracania się przez Zamawiającego do wykonawców z wezwaniem o doprecyzowanie czy uzupełnienie informacji lub dokumentów dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niewątpliwie stanowiłoby zaprzeczenie ratio legis komentowanego przepisu, tym bardziej, że w przedmiotowym przypadku takie wezwanie sprowadzałoby się w zasadzie do konieczności przedstawienia przez Odwołującego zarówno szczegółowego uzasadnienia wykazującego,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i ewentualnych dokumentów (dowodów) na poparcie podnoszonych twierdzeń.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Również odnośnie informacji wyszczególnionych w punkcie III odwołania (zawierającym wyjaśnienie złożonego przez Odwołującego wniosku ewentualnego, aby Izba nakazała Zamawiającemu zaniechanie odtajnienia wyjaśnień przynajmniej w zakresie wskazanym w tym punkcie), Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie przedstawione w treści wyjaśnień z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r. nie różnicowało w żaden sposób tych informacji od innych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach, Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił ani w czym upatruje wartości gospodarczej informacji wyszczególnionych w punkcie III odwołania, ani że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Odwołujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia takiego stanu rzeczy w treści samego odwołania, wskazując jedynie, iż w stosunku do tych informacji „bezdyskusyjnie skutecznie zastrzegł tajemnicę swojego przedsiębiorstwa.”

W ocenie Izby nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący upatrywał naruszenia tych zasad w odtajnieniu jego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, co stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie byli wzywani do złożenia takich wyjaśnień, a po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień Odwołującego uzyskują przewagę konkurencyjną. W tym zakresie przede wszystkim wskazać należy, że Odwołujący nie kwestionował czynności Zamawiającego polegających na wezwaniu go do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp, a zatem brak było podstaw do poddania w wątpliwość uprawnienia Zamawiającego do wystosowania tych wezwań w omawianym przypadku. Ponadto mieć należy na uwadze, iż skoro Odwołujący zdecydował się w treści tych wyjaśnień przedstawić informacje, które w jego ocenie mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, to powinien był w odpowiedni sposób wykazać ich poufny charakter, tak aby ich treść nie została ujawniona innym wykonawcom. Dlatego w ocenie Izby to nie działanie Zamawiającego stawiać może w uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którym ewentualnie udostępniona zostanie treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 28 listopada 2017 r. i 31 stycznia 2018 r., lecz zaniechania samego Odwołującego, który nie przedsięwziął dostatecznych środków, aby chronić poufność informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 96 ust. 2 i 3 Ustawy Pzp dotyczący określenia terminu odtajnienia treści wyjaśnień Odwołującego. Zgodnie z brzmieniem ww. przepisu oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z załącznikami jest jawny, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przepis dotyczy kwestii udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu protokołu z postępowania oraz dokumentów stanowiących jego załączniki, wskazując moment, od którego jest to możliwe. Sama czynność odtajnienia określonych informacji, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest równoznaczna z udostępnieniem tych informacji pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, którzy dostęp do nich mogą uzyskać dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Nie sposób zatem mówić tu o naruszeniu przez Zamawiającego wskazywanych przepisów. Takie naruszenie mogłoby mieć miejsce, jeżeli Zamawiający udostępniłby wykonawcom dokumenty stanowiące załączniki do protokołu (inne niż oferty, oferty wstępne lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania. Sytuacja taka nie zaistniała jednak w przedmiotowej sprawie, a zatem stawiany zarzut jest co najmniej przedwczesny.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy orzekła jak w sentencji. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia Ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. *A contrario*, stwierdzenie braku naruszenia – co miało miejsce w niniejszej sprawie - musi skutkować oddaleniem odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1 i pkt 2) lit. b) oraz § 5 ust. 3 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł.

Przewodniczący: