

Sygn. akt: KIO 778/22
KIO 842/22

WYROK
z dnia 5 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 5 kwietnia 2022 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- a) w dniu 21 marca 2022 roku przez wykonawcę POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt KIO 778/22),
- b) w dniu 24 marca 2022 roku przez wykonawcę Stecol Corporation Tianjin, Chiny (sygn. akt KIO 842/22)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie

orzeka:

1.
 - A) Oddała w całości odwołanie sygn. akt KIO 778/22,
 - B) Oddała w całości odwołanie sygn. akt KIO 842/22.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt KIO 778/22) oraz wykonawcę Stecol Corporation Tianjin, Chiny (sygn. akt KIO 842/22) i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt KIO 778/22) oraz wykonawcę Stecol Corporation Tianjin, Chiny (sygn. akt KIO 842/22) tytułem wpisów od odwołań.
- b. zasądza od Odwołującego wykonawcy POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej (sygn. akt KIO 778/22) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- c. zasądza od Odwołującego wykonawcy Stecol Corporation Tianjin, Chiny (sygn. akt KIO 842/22) na rzecz Zamawiającego Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 778/22

KIO 842/22

UZASADNIENIE

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „*Budowa drogi S6 Koszalin — Słupsk, **Odcinek 2, Budowa obwodnicy Sławna w ciągu S6 (początek obwodnicy m. Sławno /bez w. „Słupsk Zachów”***” (nr Postępowania GDDKiA O.Sz.D-3.2410.40.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 172-448238 w dniu 6 września 2021 roku.

Sygn. akt KIO 778/22

21 marca 2021 roku wykonawca POLAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wólce Kozodawskiej, (sygn. akt KIO 778/22) (dalej: Odwołujący lub Polaqua) w oparciu o art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.”), wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu decyzji o odtajnieniu wyjaśnień zaoferowanej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Odwołującego pismami z dnia 4 lutego 2022 r., 18 lutego 2022 r. oraz 1 marca 2022 r.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił:

- naruszenie art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) przez podjęcie decyzji o odtajnieniu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień zaoferowanej ceny wskutek bezzasadnego uznania, że Odwołujący nie wykazał, że informacje te winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następującej czynności:

- nieważnienia decyzji z dnia 9 marca 2022 r. o odtajnieniu wyjaśnień zaoferowanej ceny wraz z załącznikami złożonych przez Odwołującego w pismach z dnia 4 lutego

2022 r., 18 lutego 2022 r. oraz 1 marca 2022 r.,

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego stosownie do przepisów prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 p.z.p. oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu. Utrzymanie w mocy zaskarżonej czynności Zamawiającego skutkowałoby udostępnieniem innym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, mających dla niego wartość gospodarczą, które do tej pory nie były powszechnie znane. Powyższe może skutkować również ujawnieniem informacji podmiotów trzecich, z którymi Odwołujący współpracuje, co może doprowadzić do roszczeń ze strony tych podmiotów oraz do obniżenia zaufania tych podmiotów do Odwołującego. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę zarówno na gruncie niniejszego Postępowania, jak i innych postępowań w przyszłości. Udostępnienie przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dokumentów może znacząco ograniczyć konkurencyjność Odwołującego i doprowadzić do uzyskania nieuprawnionej przewagi przez innych wykonawców działających na tym samym rynku.

Odwołujący podał, że powziął informację o odtajnieniu złożonych przez niego wyjaśnień zaoferowanej ceny w dniu 9 marca 2022 r. Termin na wniesienie odwołania upływa zatem w dniu 21 marca 2022 r., dlatego też odwołanie wnoszone jest w terminie.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odwołujący podał następujący stan faktyczny:

Dnia 6 września 2021 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 172-448238 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu pn. „Budowa drogi S6 Koszalin — Słupsk, Odcinek 2, Budowa obwodnicy Sławna w ciągu S6 (początek obwodnicy m. Sławno /bez w. „Słupsk Zachów””, numer postępowania GDDKiA O.Sz.D-3.2410.40.2021.

Odwołujący złożył ofertę w Postępowaniu.

Dnia 18 stycznia 2022 r. Zamawiający wystosował na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 p.z.p. wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta Odwołującego zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględni wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia.

Pismem z dnia 4 lutego 2022 r. Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego. Odwołujący dokonał zastrzeżenia informacji zawartych w tym piśmie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismami z dnia 11 lutego 2022 r. i 23 lutego 2022 r. Zamawiający wystosował na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 i 2 pkt 1 p.z.p. wezwania do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Pismami z dnia 18 lutego 2022 r. i 1 marca 2022 r. Odwołujący przedstawił dodatkowe wyjaśnienia w zakresie wskazanym w wezwaniach. Odwołujący zastrzegł treść tych pism jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 9 marca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu w całości wyjaśnień wraz z załącznikami, które zostały przesłane przez Odwołującego pismami z dnia 8 lutego 2022 r., 18 lutego 2022 r. oraz 1 marca 2022 r.

Taka decyzja Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, narusza przepisy p.z.p. i u.z.n.k.

Uzasadnienie zarzutu

Odwołujący odniósł się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 marca 2022 r., podał, że Zamawiający nie ma racji twierdząc, że informacje zawarte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny złożonych przez Odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia zaoferowanej ceny w odróżnieniu od innych dokumentów składanych w toku Postępowania, bezpośrednio dotyczą zastosowanego przez Odwołującego sposobu wyceny oferty, a zatem ich udostępnienie innym wykonawcom prowadzioby do ujawnienia autorskiej strategii Odwołującego, składającej się ze starannie wyselekcjonowanych metod, które w niniejszym Postępowaniu zaważyły o jego przewadze nad konkurentami. Cena oferty Odwołującego okazała się bowiem niższa względem zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, co nie byłoby możliwe bez rozległej wiedzy, wieloletniego doświadczenia, know-how oraz ogromnego wysiłku włożonego w optymalizację procesów kluczowych dla prowadzonej przez niego działalności.

W Postępowaniu Zamawiający zdecydował się wystosować wezwania bardzo szczegółowe, składające się z dużej ilości pytań (pierwsze wezwanie z 18 stycznia 2022 r. liczyło łącznie aż 94 pytania). Udzielenie wyczerpującej Odpowiedzi na wszystkie pytania nie było możliwe bez przedstawienia wyjaśnień obszernych, stanowiących de facto fachowy „podręcznik” opisujący proces przygotowań do złożenia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dotyczącym budowy odcinka drogi ekspresowej (pozyskiwanie partnerów, ustalanie potrzeb, czynienie założeń co do poszczególnych elementów kosztotwórczych i szacowanie poszczególnych ryzyk), na którym opiera się kalkulacja cenowa.

Odwołujący podał, że rzeczzone wyjaśnienia należy uznać za miarodajne nie tylko dla wyceny zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem, lecz także dla przygotowania ofert w wielu innych podobnych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego. Jest bowiem okolicznością powszechnie znaną, że w ramach polskiego programu budowy dróg

ekspresowych i autostrad ogłaszane jest wiele podobnych postępowań na realizację kolejnych odcinków dróg, w tym dróg ekspresowych, analogicznych względem odcinka drogi S6, którego budowy dotyczy niniejsze Postępowanie.

Przekazane informacje zawierają rozstrzygnięcia konkretnych problemów, jakie wiążą się z procesem budowlanym. Przesądzają one m.in. jakie kluczowe rodzaje sprzętu, urządzeń czy materiałów muszą zostać uwzględnione w zaoferowanej cenie. Obejmują one nie tylko elementy podstawowe z perspektywy samej budowy, jak np. warunki najmu maszyn budowlanych, dostaw materiałów budowlanych, oznakowania czy ekranów akustycznych, lecz także te mniej oczywiste, choć o fundamentalnym znaczeniu dla zamówienia, jakimi są choćby dokumenty dotyczące kontenerów, kabin czy innych urządzeń zaplecza budowy. Na podstawie analizy całości wyjaśnień można ustalić, które czynniki są najbardziej istotne dla końcowej wyceny ofert.

Wykonawcy konkurujący na tym samym rynku mają także możliwość łatwego odszukania tych elementów, które w ofercie Odwołującego zostały lepiej zoptymalizowane (choćaby wskutek współpracy z partnerami oferującymi bardziej korzystne warunki niż inne podmioty).

Wyżej opisane uwarunkowania, w tym zwłaszcza całościowy, bardzo szeroki charakter wyjaśnień i okoliczność zaoferowania przez Odwołującego najkorzystniejszej ceny, przesądzają o tym, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, co stanowi najważniejszą przesłankę uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Pozyskanie tych informacji przez inne podmioty ułatwi im lepsze przygotowanie ofert w przyszłych postępowaniach dotyczących innych odcinków dróg ekspresowych.

Odwołujący podniósł, że żadna część wyjaśnień nie stanowi informacji dostępnej publicznie. Wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowią dokumenty Odwołującego, które znane są jedynie jego niektórym pracownikom (z działów ofertacji, kosztorysowania i obsługi prawno-finansowej) oraz w przypadku umów czy ofert podmiotów trzecich — tym podmiotom. Odwołujący przechowuje te informacje z wykorzystaniem do ich zabezpieczenia środków ochrony. Odwołujący chroni informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, dokonując zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadniając zastrzeżenie każdorazowo posługuje się on podobnym uzasadnieniem, które jest zwięzłe, jednak prawidłowo oddaje istotę motywów, jakimi kierował się Odwołujący podejmując decyzję o dokonaniu zastrzeżenia. Także w niniejszej sprawie złożone zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z pism z dnia 4 lutego 2022 r., 18 lutego 2022 r. i 1 marca 2022 r. należy uznać za odpowiednie.

Dopuszczalność zastrzegania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przy tym wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. Tytułem przykładu wymienić można Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1618/18, w którym wyjaśniono, że

„Nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności finny na danym rynku”. Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 148/19 doprecyzowano, że: „tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, źródła dostaw, ceny intonacje o podwykonawcach, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych, rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków, to bowiem stanowi zbiór danych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, stanowiąc know-how przedsiębiorcy, wpływający na sposób budowania jego oferty. Dane te mają zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży”.

Odwołujący podał, że zastrzeżone przez Odwołującego wyjaśnienia zaoferowanej ceny stanowią dokumenty w całości odnoszące się do kalkulacji ceny ofertowej. Z tego powodu nie było w tym przypadku możliwości zastrzeżenia jedynie części informacji w nim zawartych. Nie można bowiem zapominać, że zawarta w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. definicja tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się także do informacji, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.

Wyżej wskazaną zasadę ochrony zbioru informacji jako całości potwierdza w odniesieniu do kalkulacji ceny poniższa teza wyrażona w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 979/20: „Izba stwierdza, że kalkulacja ceny na dostawę obudowy zmechanizowanego pokładu dla zamawiającego, zawiera informacje ekonomiczne producenta, to jest inne informacje posiadające wartość gospodarczą, umożliwiające uzyskanie zamówienia (art. 11 ust.2 uznk). Kalkulacja ceny na dostawę obudowy objętej zamówieniem stanowi szczególne zestawienie to jest zgodne z opisem przedmiotu zamówienia w siwz i jest zbiorem elementów kosztotwórczych czynników produkcji takich jak bezpośrednie koszty produkcji, koszty transportu i logistyki, inne koszty obsługi kontraktu (pismo wykonawcy wybranego z dnia 20.04.20r.), które nie są powszechnie znane, ponieważ zależą od rozwiązań technicznych i technologicznych właściwych dla producenta i nie są łatwo dostępne dla konkurencji w tym dla odwołującego”.

Jednym ze źródeł potrzeby całościowej ochrony zbiorów informacji jest możliwość dokonywania dedukcji informacji samodzielnie stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa na podstawie innych informacji, które poza szczególnym zestawieniem nie mogłyby podlegać ochronie, co następowaloby również w przypadku rozważanych w tej sprawie wyjaśnień

w razie ich częściowego nawet ujawnienia. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2014 r. sygn. akt 2932/13: „Izba stwierdza, że zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, że ujawnienie takiego fragmentu [element] informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa”.

Zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegał bowiem zbiór funkcjonalnie połączonych elementów, przedstawiający niepodany do powszechnej wiadomości sposób działania przedsiębiorstwa, który umożliwił Odwołującemu złożenie w Postępowaniu oferty z najkorzystniejszą ceną. Jako że poszczególnych pytańm przyporządkowane zostały określone dokumenty (dowody) nie byłoby celowe zastrzeżenie ograniczone jedynie do dowodów lub jedynie do odpowiedzi na poszczególne pytania. Pierwsze są bowiem ściśle powiązane z drugimi, wobec czego jedynym zasadnym postępowaniem z perspektywy Odwołującego było zastrzeżenie całości wyjaśnień. Odwołujący ma jednocześnie świadomość, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od obowiązującej w systemie zamówień publicznych zasady jawności. Trzeba jednak mieć na uwadze, że wyjaśnienia zaoferowanej ceny inaczej niż inne, niejednokrotnie niesłusznie zastrzegane przez wykonawców dokumenty, odnoszą się do samego sedna uwarunkowań działalności gospodarczej prowadzonej przez wykonawcę. Jeśli więc przyjęłoby się, że wykonawca w praktyce nie ma możliwości zastrzeżenia nawet takich informacji, jak te zawarte w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny, to należałoby uznać, że art. 18 ust. 3 p.z.p. jest przepisem martwym, gdyż w żadnych okolicznościach nie jest możliwe dokonanie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższą argumentację wskazuję, że niniejsze odwołanie jest zasadne.

Sygn. akt KIO 842/22

24 marca 2022 roku wykonawca Stecol Corporation Tianjin, Chiny (sygn. akt KIO 842/22) (dalej: Odwołujący lub Stecol) działając na podstawie art. 505 oraz dalszych ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), wniósł odwołanie od niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego tj. wobec czynności polegającej na podjęciu decyzji o odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez Odwołującego, o czym Odwołujący powziął wiadomość w dniu 14 marca 2022r., w którym Zamawiający przesłał Odwołującemu stosowną informację w tym zakresie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16

kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez podjęcie nieprawidłowej decyzji o odtajnieniu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Postawiony Zamawiającemu zarzut jest ograniczony do następujących dokumentów złożonych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co do których Odwołujący podtrzymuje zastrzeżenie i objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa:

I. Załączniki do wyjaśnień z dn. 08.02.2022 r.:

- 1) Załącznik nr 1A – stanowiący umowę przedwstępną z biurem projektowym
- 2) Załącznik nr 1C – stanowiący umowy na zakup sprzętu budowlanego o znacznej wartości w tym m.in. wytwórni mas bitumicznych, układarek do asfaltu itp.
- 3) Załącznik nr 2 (1) – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa
- 4) Załącznik nr 3 – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę handlową
- 5) Załącznik nr 5 – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa

II. Załącznik do wyjaśnień z dn. 01.03.2022 r.:

Załącznik nr 1 – stanowiący opis technologii przyjętej do realizacji zamówienia.

W pozostałym zakresie decyzja Zamawiającego o odtajnieniu nie jest przez Odwołującego kwestionowana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odtajnieniu w odniesieniu do wyżej wskazanych dokumentów, a w konsekwencji zakazanie odtajniania tych dokumentów.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył Zamawiającemu prawidłową i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Skutkiem wadliwej czynności Zamawiającego będzie udostępnienie konkurentom Odwołującego informacji chronionych, mających dla Odwołującego wartość gospodarczą, dla których wymóg ochrony wynika także z zawartych przez Odwołującego umów z kontrahentami. Ujawnienie tych informacji może doprowadzić do zmniejszenia wiarygodności Odwołującego w relacjach z jego kontrahentami, a także może prowadzić do pogorszenia jego sytuacji konkurencyjnej. Co jednak najważniejsze w ocenie Odwołującego, ujawnienie informacji poufnych, zastrzeżonych jako takie przez kontrahentów Odwołującego może generować roszczenia odszkodowawcze wobec Odwołującego, a zatem w efekcie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Pismem z dnia 14.03.2022r. Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o podjęciu decyzji o odtajnieniu całości wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wraz z załącznikami, które złożone zostały przez Odwołującego w dniach: 08.02.2022r. oraz 01.03.2022r.

Odwołujący podniósł, że załączniki złożone zarówno z wyjaśnieniami z dnia 08.02.2022r. jak i uzupełnieniem wyjaśnień z 01.03.2022r. objęte zostały tajemnicą przedsiębiorstwa, a Odwołujący zastrzegając te informacje wykazał, stosownie do wymogów art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z uzasadnienia decyzji przesłanej Odwołującemu przez Zamawiającego wynika, że została ona podjęta w efekcie oceny złożonego przez Odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostało przez Zamawiającego uznane za niedostateczne i niewystarczające do utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego – w zaskarżonym zakresie – jest nieprawidłowe.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, Odwołujący składając przedmiotowe zastrzeżenie nie poprzestał na lakonicznym stwierdzeniu, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą. Odwołujący wyjaśnił, iż objęte ochroną informacje zawierają w sobie know-how dotyczący podejścia do sposobu realizacji zamówienia, a zatem są wyrazem specjalistycznej wiedzy posiadanej przez Odwołującego, wynikającej z jego bogatego doświadczenia w realizacji zamówień tego typu, która może nie być dostępna jego konkurentom. W szczególności podkreślić należy, iż Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że ujawnienie zastrzeganych informacji może doprowadzić do wyrządzenia szkody jemu samemu, ale także potencjalnym podwykonawcom, których pozycja negocjacyjna z innymi ich kontrahentami mogłaby ulec pogorszeniu.

Odwołujący oparł się także na aktualnym orzecznictwie, które zakresem faktycznym odpowiada sytuacji Odwołującego w Postępowaniu, w szczególności wyjaśniając, iż powzięcie przez konkurencję Odwołującego wiedzy odnośnie konkretnych podmiotów, z którymi Odwołujący współpracuje oraz cen jakie są mu oferowane mogłoby prowadzić do podejmowania prób nawiązania kontaktu z tymi kontrahentami, co mogłoby wpływać na pozycję konkurencyjną Odwołującego, ale także prowadzić do pogorszenia jego relacji z kontrahentami. W przytoczonym przez Odwołującego wyroku KIO 149/16 Izba zwróciła również uwagę na to, że wyszukiwanie i utrzymywanie korzystnych kontaktów handlowych wymaga znacznego zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów. Odwołujący wskazuje, że jego wysiłki związane z pozyskaniem tych kontaktów, w efekcie decyzji Zamawiającego, zostaną zaoszczędzone konkurencji, która uzyska pełny dostęp do informacji na temat wypracowanych przez Odwołującego relacji handlowych i ich parametrów.

Odwołujący uzasadniając zastrzeżenie wykazał także, dlaczego chronione informacje mają wartość gospodarczą wskazując na ich funkcję oraz na fakt, że ujawnienie tych informacji będzie skutkowało koniecznością poszukiwania innych podwykonawców i dostawców i osłabi pozycję rynkową Odwołującego. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, iż w jego ocenie każdy aspekt związany z wykazywaniem charakteru danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma mieć szczegółowe odniesienie w treści zastrzeżenia. Z takim stanowiskiem jednak nie sposób się zgodzić, albowiem zarówno Odwołujący jak i Zamawiający działają profesjonalnie w obszarze zamówień publicznych i w ocenie Odwołującego nie jest konieczne wyjaśnianie pewnych oczywistych mechanizmów gospodarczych. W szczególności należy to stanowisko uwzględnić w relacji do takich twierdzeń Zamawiającego jak np. „Z uzasadnienia nie wynika w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami/informacjami”. Pomijając fakt, że zdaniem Odwołującego ta kwestia została w uzasadnieniu zastrzeżenia zaadresowana, to Odwołujący nie widzi powodu, dla którego miałby opisywać mechanizmy ewentualnego działania konkurencji w celu zaoszczędzenia wydatków. Zakres uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy również musi mieć swoje granice, aby nie doprowadzić instytucji ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa do takiego stanu, w którym skorzystanie z niej już nie będzie możliwe. Pomimo tego, że przedmiotowe zamówienie obejmuje swoim zakresem projektowanie i budowę, to Zamawiający wystosował wobec Odwołującego bardzo szczegółowe pytania odnoszące się wprost do etapu budowy wymagając w wielu miejscach przedstawienia kalkulacji poszczególnych elementów, co związane było oczywiście z potrzebą wykazania zasadności zaoferowanej ceny, ale także zmusiło Odwołującego do ujawnienia jego koncepcji realizacji zamówienia oraz czynników kalkulacyjnych opartych o uzyskane oferty od kontrahentów. Ten aspekt w szczególności ma znaczenie w odniesieniu do załącznika do wyjaśnień z dnia 01.03.2022r., w którym Odwołujący zawarł opis technologii przyjętej do realizacji zamówienia. Trzeba przy tym podkreślić, iż skutki ujawnienia tego dokumentu wykraczają poza zakres Postępowania, albowiem Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w sposób szablonowy przygotowuje postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem w przypadkach kolejnych zamówień, których przedmiotem będą drogi podobne do tej objętej Postępowaniem, Odwołujący do pewnego stopnia będzie wykorzystywał założenia technologiczne i organizacyjne przyjęte na potrzeby Postępowania, z tą różnicą, iż w razie ujawnienia wskazanego wyżej załącznika – założenia te i przyjęte technologie będą już znane otoczeniu konkurencyjnemu, co doprowadzi do utraty przez Odwołującego w tej mierze przewagi konkurencyjnej. Zamawiający pominął też w całości, iż w składanych dowodach Odwołujący wykazał, iż zastrzegane informacje są chronione postanowieniami umów dotyczącymi poufności.

Stosownie do stanowiska doktryny: *Wykonawca obowiązany jest natomiast do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając więc określone informacje, powinien udowodnić, że spełnione są przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, lub przedstawienia innych dokumentów, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. Przedstawienie informacji uzasadniających prawidłowość zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.* (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18.)

Stosowne klauzule dotyczące obowiązku zachowania poufności zawarte zostały w:

- Załączniku nr 1A do wyjaśnień z dnia 08.02.2022r. (§ 4)
- Załączniku nr 1C Odp nr 1-2 z dnia 08.02.2022r. (§ 6)
- Załączniku nr 2 (1) do wyjaśnień z dnia 08.02.2022r. (uwagi i warunki informacji Cenowej)
- Załączniku nr 3 do wyjaśnień z dnia 08.02.2022r. (pozostałe warunki informacji handlowej)
- Załączniku nr 5 do wyjaśnień z dnia 08.02.2022r.

Odwołujący stwierdził, że nie można się zatem zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący powołał orzeczenie sygn. akt KIO 54/15 z dnia 27.01.2015r., zgodnie z którym: *Umowy z podmiotami prywatnymi nie mają przymiotu jawności i żaden przepis prawa nie obliguje stron takiego stosunku do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest zastrzeżenie przez strony tych umów poufności informacji w nich zawartych. Tego typu informacje są informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Zamawiający podejmując decyzję o odtajnieniu w sposób bezrefleksyjny pominął powszechne praktyki rynkowe, które niewątpliwie są mu znane, a którym należy nadać rangę zwyczaju, który z kolei - zgodnie z doktryną prawa cywilnego - jest jednym ze źródeł prawa. Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.*

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

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 i 24 marca 2022 roku od czynności z dnia 9 i 14 marca 2022 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

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

Sygn. akt KIO 778/22

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

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

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 4 kwietnia 2022 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie” – Izba dopuściła załączone do pisma i zawnioskowane przez Zamawiającego dowody.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dowód nr 1 – objęty w całości tajemnicą przedsiębiorstwa – zawnioskowany i złożony na rozprawie przez Odwołującego.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) przez podjęcie decyzji o odtajnieniu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień zaoferowanej ceny wskutek bezzasadnego uznania, że Odwołujący nie wykazał, że informacje te winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa – **Izba zarzut uznała za niezasadny.**

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Na podstawie art. 18 ust. 3 3 ustawy - 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. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – 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.

Izba ustaliła, że za pismem z dnia 4 lutego 2022 roku Odwołujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które to zastrzeżenie zostało objęte również tajemnicą przedsiębiorstwa, co zostało jednoznacznie potwierdzone przez Odwołującego w trakcie rozprawy w dniu 5 kwietnia 2022 roku.

Uzasadnienie to została również przedstawione za pismami z dnia 18 lutego 2022 oraz 1 marca 2022 roku – Izba ustaliła, że złożony dokument pod nazwą „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” przy każdym z ww. pism był tej samej treści, co również potwierdził Odwołujący w trakcie rozprawy podając, że *złożone zastrzeżenia TP w postępowaniach ze spraw KIO 778/22 i KIO 779/22 do każdego z wezwań są takie same* jednocześnie oświadczając, że informacja ta jest jawna (co też zostało odnotowane w protokole).

Pismem z dnia 9 marca 2022 roku (jawnym w całości) Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że *w wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Państwa **wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty**, zadanych w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnić wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający odtajnia ww. wyjaśnienia w całości wraz z załącznikami przesłane przez Państwa pismami dnia: 08.02.2022, 18.02.2022 oraz 01.03.2022 r. Przedłożone przez Wykonawcę uzasadnienie nie potwierdza, że informacje zawarte ww. dokumentach winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.* Zamawiający przedstawił również uzasadnienie w tym zakresie.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że dokonana przez Zamawiającego czynność z dnia 9 marca 2022 roku była nieprawidłowa.

Pismem z dnia 9 marca 2022 roku Zamawiający przedstawił szeroką argumentację dotyczącą wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa

wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty dokonaną przez Odwołującego, którą Izba uznała za prawidłową.

Izba nadmienia w tym miejscu, że w oparciu o dokonane ustalenia treść dokumentu „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” złożonego przy każdym z pism przez Odwołującego również została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Oznacza to, że co do treści podanych, a nie uznanych za jawne w trakcie rozprawy przez Odwołującego, w tymże zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa do chwili ujawnienia tego ww. dokumentu przez Zamawiającego również podlega on objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby Zamawiający wydaje się dostrzegać i tą zależność, bowiem w piśmie z dnia 9 marca 2022 roku strona 4 akapit 3 odnosi się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego dokumentu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, w treści odwołania brak jest jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do kwestionowania zasadności odtajnienia przez Zamawiającego treści dokumentu pod nazwą „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa”. Tym samym w zakresie tego dokumentu Izba uznała, że nie jest ta okoliczność w żaden sposób kwestionowana przez Odwołującego.

Co do treści dokumentu pod nazwą „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” i wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień zaofertowanej ceny z dnia 4 i 18 lutego oraz 1 marca 2022 roku Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te nie zawierają argumentacji uzasadniającej objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa poczynionych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty.

Nadmienić należy w tym miejscu, że dokumenty te tj. „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” składane przy każdym z wyżej wymienionych pism były tożsame co do swojej treści. Izba w tym miejscu zaznacza również, że w ramach rozpoznania sprawy odwoławczej sygn. akt KIO 779/22, która była rozpoznawana łącznie ze sprawami sygn. akt KIO 778/22 oraz 842/22 z uwagi na ich połączenie do rozpoznania, a odnoszących się do różnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego, również składane były trzykrotnie te dokumenty w treści zbieżnej do tych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Budowa drogi S6 Koszalin — Słupsk, Odcinek 2, Budowa obwodnicy Sławna w ciągu S6 (początek obwodnicy m. Sławno /bez w. „Słupsk Zachów””* tj. postępowania, którego dotyczy przedmiotowe odwołanie.

Mając na uwadze treść pism tj. „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” (dalej: zastrzeżenia) składanych przez Odwołującego Zamawiającemu należy mieć na uwadze to, jak wskazał Odwołujący, że treść tych dokumentów jest taka sama. Zatem w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, do każdej czynności jaką podejmował Odwołujący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wezwanie Zamawiającego składał on dokładnie takie same zastrzeżenia. Posługiwanie się takim

dokumentem, w każdej okoliczności, pozbawia ten dokument jakiegokolwiek indywidualności oraz faktycznego odnoszenie się do składanych dokumentów, które mają stanowić dokumenty podlegające tak daleko idącej ochronie jak tajemnica przedsiębiorstwa. Spełnienie wymagania z art. 18 ust. 3 ustawy nie opiera się na przedstawianiu blankietowego dokumentu, przy czym Izba zaznacza, że oczywistym jest, że pewne odniesienia oraz argumenty mogą być powtarzalne. Niemniej dokument taki powinien w każdym przypadku odznaczać się pewną indywidualnością określoną zakresem dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz argumentacją odnoszącą się do ich walorów i sposobu ich ochrony. W żaden sposób nie można uznać, że dokument który ma się nadawać do wszystkich czy wielu zastrzeżeń będzie dokumentem nakierowanym na konkretne wyjaśnienie, wykazanie i tym samym zabezpieczenie prezentowanych treści. Wymaga podkreślenia, że zasadą w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jest jawność postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, co oznacza jawność przekazywanych informacji. Ta jawność informacji może i musi zostać ograniczona w przypadkach, gdy wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy). Przepis ten jednoznacznie wskazuje na konieczność odnoszenia się do skonkretyzowanych i podanych informacji przez wykonawcę oraz wymaga od wykonawcy staranności w wykazaniu tego, że podane przez niego informacje skutecznie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Szczególny charakter ww. przepisu wymaga od wykonawcy również szczególnego działania. Nie stanowi takiego niewątpliwie wręcz „sztampla” zastrzeżeń mająca uzasadnia tak istotny element postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jak ograniczenie jawności tego postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, dalej: „uznk”) 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. W połączeniu z treścią art. 18 ust. 3 ustawy w sposób jednoznaczny należy wywieść, co ugruntowane jest już w orzecznictwie Izby ale i sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia, tj. wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Takie stanowisko w sposób jednoznaczny wymaga podkreślenia, że w każdym przypadku informacje jakie są przedstawiane a jakie mają być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa powinny zostać zdefiniowane do jakiej grupy informacji - informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą - należą w ocenie wykonawcy i co za tym przemawia i uzasadnia takie twierdzenia wykonawcy. W jakim zakresie informacje - całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów – podlegają tej ochronie i dlaczego właśnie taka konfiguracja w ocenie wykonawcy jest istotna i została uznana za tajemnicę danego przedsiębiorstwa. Kolejnym elementem jest konieczność wykazania, że prezentowane informacje o określonym ich charakterze i zakresie nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Taka konstrukcja, „przepis” na skuteczność złożonego zastrzeżenia wymaga bardzo indywidualnego podejścia do zawartej w tym zastrzeżeniu argumentacji. Wzrost informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić. Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

Izba, mając na uwadze, że treść pism tj. „Zastrzeżenie Tajemnicy Przedsiębiorstwa” objęta została również tajemnicą przedsiębiorstwa, stwierdziła, że Odwołujący w poczynionych zastrzeżeniach nie uzasadnił i nie wykazał w sposób indywidualny z odwołaniem się do poszczególnych dokumentów czy ich zakresów charakteru tych dokumentów w sposób pozwalający na ich daleko idącą ochronę. Nie stanowi uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołanie się do tego, że w niektórych dokumentach zawarte zostały określone klauzule. To po stronie wykonawcy ukształtowany jest obowiązek wykazania jaka to wartość wynika dla niego z określonych informacji o skonkretyzowanym charakterze i w jaki sposób ją chroni, aby możliwa była ocena takiego zastrzeżenia. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił również jak może dojść do zidentyfikowania czynników istotnych dla końcowej wyceny oferty, a na co wskazywał w odwołaniu, co miało stanowić o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. W ocenie Izby złożone zastrzeżenia nie spełniają swojego zadania oraz nie zostały w żaden sposób wykazane. Nie złożył Odwołujący żadnych dokumentów wykazujących,

potwierdzających, że określone działania w zakresie ochrony informacji podejmuje. Nie wykazał w żaden sposób jak chroni informacje, które obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa oraz jaki zakres pracowników ma dostęp do takich informacji. Podnoszona argumentacja w zastrzeżeniach co do sposobu ochrony informacji jest nader lakoniczna a brak jednocześnie brak jest po stronie wykonawcy jakiegokolwiek wykazania takiego stanu rzeczy. Izba wyjaśnia w tym miejscu, że wykonawcy podejmując się zastrzeżenia określonych dokumentów w całości czy części (co też powinni wykazać i uzasadnić) tajemnicą przedsiębiorstwa powinni dowieść (wykazać), że w tym celu podjęli działania polegające na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, takich jak np.: wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa czy też sposobu przechowywania dokumentów. Powyższe wyjaśnienia powinny być poparte odpowiednimi dowodami jak np.: polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów bądź też klauzule umowy lub umowy o zachowaniu poufności co powodowałoby wykazanie tych okoliczności przez wykonawcę zgodnie z regułą art. 18 ust. 3 ustawy. Jednoznacznie wskazał na to Sąd (por. m.in. wyroki z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. I CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00) wyjaśniając, że *informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 ZNKU uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te – jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu – powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przez niekontrolowanym wpływem danych”* (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00). Przedstawienie przez Odwołującego dowodu nr 1 na rozprawie w ocenie Izby potwierdza jedynie fakt braku rzetelnego i prawidłowego przygotowania złożonych zastrzeżeń. Okoliczności, które miałby potwierdzać ten dowód złożony powinien być Zamawiającemu wraz z zastrzeżeniami tajemnicy przedsiębiorstwa. Jego złożenie na rozprawie nie zmienia podstawy dokonania oceny dokumentów złożonych Zamawiającemu, bowiem dokumentu tego Zamawiający nie otrzymał. Wymaga

podkreślenia, że to Zamawiający dokonuje badania zasadności zastrzeżeń, a Izba poddaje ocenie czynności Zamawiającego, która w tym wypadku została dokonana prawidłowo.

Odwołujący zarówno w odwołaniu jak i na rozprawie podnosił, że wartość chronionych informacji stanowi sama z siebie o tym, że podlegają one ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy. Nie sposób się zgodzić z taką argumentacją, bowiem to nie z dokumentu składanego w ramach wyjaśnień ceny oferty lecz z zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wynikać musi, że dokument objęty taką tajemnicą podlega właśnie tej ochronie. Nie jest zdaniem Zamawiającego jak i składu orzekającego Izby poszukiwanie uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danego dokumentu, co rzekomo ma wynikać z tego dokumentu. Odwołujący podał, że złożone zastrzeżenia mogą *wynikać z mechanicznego działania twórcy tego zastrzeżenia, który większą wagę przykładał do samych elementów wyjaśnień RNC, szczegółowych dokumentów, załączników, ofert, aniżeli do samego zastrzeżenia TP, uznając, że same wyjaśnienia RNC bronią się tym, że mają istotną wartość gospodarczą i istotność tych wyjaśnień RNC i ich zakres bronią się co do objęcia ich TP.* Jednakże fakt, że dokumenty te mają taką wartość dla wykonawcy, że konieczne jest ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być wykazane w składanych zastrzeżeniach, a nie stanowić bliżej nieokreślonej wynikowej stanowiącej subiektywną ocenę tych dokumentów. Ocenie, co do skuteczności spełnienia przesłanek z art. 18 ust.3 ustawy podlegają przedstawione zastrzeżenia i wykazana w nich podstawa do objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę, że to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 uznk i dalej z art. 18 ust. 3 ustawy, należy stwierdzić, że we wskazanym powyżej zakresie Odwołujący nie sprostął temu ciężarowi. Nadmienić należy w tym miejscu również, że wykonawca nie wyjaśnili na czym miały polegać wskazane w zastrzeżeniach na stronie 2 „niekorzyści” wynikające z ujawnienia przedstawionych informacji. Jednocześnie treści tam wskazane potwierdzają brak jakiegokolwiek faktycznego i indywidualnego odniesienia się do wykazania koniecznych przesłanek dla ochrony informacji w przedstawionych dokumentach i objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba dopuściła dowody złożone przez Zamawiającego za pismem procesowym, które w sposób jednoznaczny potwierdzają, że Odwołujący nie chroni przedstawianych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia (GDDKiA Oddział w Bydgoszczy) zbieżnych informacji. W ocenie Izby pozwala to na przyjęcie tezy, że działania Odwołującego w tym postępowaniu nie są nakierowane na ochronę informacji, które mogłyby (gdyby to Odwołujący wykazał) stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób bowiem uznać, że raz dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w tym samym czasie

w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w innym oddziale Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, zbieżne informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem Odwołujący nie kwestionował odtajnienia tych dokumentów, w tym odtajnienia zastrzeżeń. Pełnomocnik Zamawiającego w trakcie rozprawy oświadczył również, że zgodnie z informacjami z GDDKiA Oddział w Bydgoszczy, informacje jakie zostały złożone przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym w tamtym oddziale zostały już udostępnione innym wykonawcom, którzy o te informacje wnioskowali. Oznacza to też, że podnoszony w odwołaniu element jakoby wyjaśnienia były miarodajne nie tylko dla tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lecz też dla przygotowania ofert w wielu innych postępowaniach jest również niezasadny skoro zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i oraz dokumenty składane na potwierdzenie wyjaśnienia ceny oferty w Oddziale w Bydgoszczy zostały ujawnione.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego określonych w zarzucie regulacji prawnych, w tym nie doszło do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych tj. proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Sygn. akt KIO 842/22

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

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

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 4 kwietnia 2022 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez podjęcie nieprawidłowej decyzji o odtajnieniu złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w odniesieniu do:

Załączniki do wyjaśnień z dn. 08.02.2022 r.:

- 1) Załącznik nr 1A – stanowiący umowę przedwstępną z biurem projektowym
- 2) Załącznik nr 1C – stanowiący umowy na zakup sprzętu budowlanego o znacznej wartości w tym m.in. wytwórni mas bitumicznych, układarek do asfaltu itp.
- 3) Załącznik nr 2 (1) – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa
- 4) Załącznik nr 3 – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę handlową
- 5) Załącznik nr 5 – stanowiący ofertę, którą kontrahent zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa

Załącznik do wyjaśnień z dn. 01.03.2022 r.:

Załącznik nr 1 – stanowiący opis technologii przyjętej do realizacji zamówienia.

– **Izba uznała zarzut za niezasadny.**

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Na podstawie art. 18 ust. 3 3 ustawy - 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. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – 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.

Izba ustaliła:

Odwołujący za pismem z dnia 8 lutego 2022 roku złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2022 w zakresie wyliczenia ceny złożonej oferty, między innymi wskazując:

Przyjmując, za wezwaniem Zamawiającego, że wątpliwości budzą zakresy wskazane w Państwa zapytaniu, poniżej przedstawiamy wyjaśnienia w zakresie postawionych pytań, wskazując, że dokumenty załączone do niniejszych wyjaśnień i oznaczone „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z poniższym uzasadnieniem.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020r., poz. 1913 ze zm. Dalej „uznk”), „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”.

Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi zatem poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna (A. Michalak (w:) M. Zdyb (red.), A. Michalak, M. Mioduszewski, J. Raglewski, J. Rasiewicz, M. Sieradzka, J. Sroczyński, M.

Objęte tajemnicą załączniki zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość zarówno techniczną, organizacyjną i gospodarczą, tj. na temat zawartych umów podwykonawczych, konkretnych rozwiązań technicznych w zakresie realizacji zamówienia, które mają szczególny walor, podejścia do czynników kształtujących cenę.

Informacje te są ściśle związane z działalnością prowadzoną przez Spółkę, a więc ich ujawnienie umożliwi innym uczestnikom niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapoznanie się z istotnymi aspektami działalności Spółki. Są to bowiem dane obrazujące kontakty z podwykonawcami, otrzymane parametry ofert, itp. Ujawnienie tych informacji, nie tylko naraziłoby na szkodę Wykonawcę, ale również potencjalnych podwykonawców, których pozycja negocjacyjna z innymi kontrahentami uległaby pogorszeniu, w związku z ujawnieniem cen.

W wyroku z dnia 17 lutego 2016r. (sygn.akt: KIO 149/16) KIO uznała, że „źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.”

Informacje zawarte w załącznikach obrazują planowany przez Wykonawcę sposób realizacji przedmiotowego zamówienia i mają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, ponieważ m.in. szczegółowo przedstawiają:

- i (i) planowany sposób wykonania zaoferowanego świadczenia opracowany w oparciu o dotychczasowe doświadczenia oraz posiadane zasoby własne oraz bazę podwykonawców i dostawców,
- ii (ii) przyjęte rozwiązania techniczne pozwalające na wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przygotowane na podstawie rozwiązań i metod wypracowanych w trakcie realizacji analogicznych inwestycji.

Spełnione zostały również pozostałe przesłanki kwalifikacji tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 unzk. Wykonawca wskazuje bowiem, że wszelkie informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach:

- a) nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej,
- b) podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności,

c) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Wykonawca wyjaśnia, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. zarządowi Wykonawcy i upoważnionym przez nich pracownikom lub współpracownikom. Tajemnica przedsiębiorstwa nie traci swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy Wykonawcy lub inne osoby, którym Wykonawca powierza informację.

Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji podjął odpowiednie działania o charakterze fizycznym i prawnym.

Proces ofertowania realizowany jest z zachowaniem zasad bezpieczeństwa informacji, a wgląd w pełen zestaw informacji jest organizacyjnie ograniczony do odpowiedzialnego za ten proces pracownika i kierownictwa. Zasoby dotyczące ofertowania umieszczone są jedynie w sieci wewnętrznej. Dostęp do wewnętrznych zasobów sieciowych nadaje Kierownik Oddziału. W celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji pozyskiwane są od kontrahentów zobowiązania do zachowania poufności (wzór stosowanego oświadczenia w załączeniu).

Wykonawca posiada zabezpieczenie dostępu do biura, a wszystkie komputery posiadają stosowne zabezpieczenia hasłowe.

Wykonawca wyjaśnia ponadto, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały indywidualnie dobrane i zestawione przez Wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania.

Zastrzeżone dane nie powinny zatem zostać ujawniane. Upublicznienie ww. informacji będzie stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Ewentualna konieczność poszukiwania nowych podwykonawców czy dostawców, zmiany stosowanych procesów organizacyjnych, ujawnienie cen oferowanych przez podwykonawców czy dostawców oraz przyjęte rozwiązania, które pozwoliły zaoferować najkorzystniejszą cenę Zamawiającemu, osłabią pozycję rynkową Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, zastrzeżenie tajemnicy jest jak najbardziej zasadne.

Pismem z dnia 14 marca 2022 roku Zamawiający zawiadomił Odwołującego:

W wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Państwa wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty, zadanych w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający odtajnia ww. wyjaśnienia w

całości wraz z załącznikami przesłane przez Państwa pismami dnia: 08.02.2022 oraz 01.03.2022 r.

Przedłożone przez Wykonawcę uzasadnienie nie potwierdza, że informacje zawarte ww. dokumentach winny być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający, na podstawie złożonego przez Państwa uzasadnienia, dokonał badania zasadności i skuteczności zastrzeżenia dokumentów / informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz ocenił czy Wykonawca sprostą obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę. W wyniku dokonanej weryfikacji, Zamawiający stwierdza, iż nie wykazano, że względem zastrzeganych dokumentów/informacji zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. 2020 poz. 1913) – dalej: „ustawa ZNK”. To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie przez Zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez Wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez Wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Celem zastrzeżenia informacji nie może być jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci.

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 ZNK, jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie ma także wątpliwości co do tego, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, na kim spoczywa ciężar wykazania, że dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa - podmiotem tym jest wyłącznie wykonawca; rolą zaś zamawiającego, w świetle brzmienia art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp nie może być „wyręczenie” wykonawcy, ale ocena, na podstawie podanych przez wykonawcę argumentów/dowodów, czy wykonawca sprostą wykazaniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. O ile zamawiający oceni, że wykazaniu temu wykonawca nie sprostą, aktualizuje się obowiązek zamawiającego w postaci ujawnienia informacji wadliwie lub sprzecznie z prawem

zastrzeżonych. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w świetle którego 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.

Jednocześnie, jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą (por.: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. – I CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. – I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. – I CKN 89/01). Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy ZNK musi mieć przynajmniej wartość gospodarczą. Samo przekonanie Wykonawcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania przez Wykonawcę danej informacji za organizacyjną czy handlową wynika jej wartość gospodarcza. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym.

Wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji jest zobowiązany wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ustawy ZNK. Obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie, co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. Sam fakt, że dany Wykonawca uznaje dane informacje za tajemnicę nie oznacza, że to jest tajemnica przedsiębiorstwa. W wyroku z dnia 10.12.2019 r. (sygn. akt KIO 2376/19), Izba wskazała: „Sama subiektywna wola wykonawcy nie stanowi przesłanki decydującej o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem decydujące znaczenie mają okoliczności obiektywne (...)”. Z kolei w wyroku z dnia 28 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3483/20), Izba wskazała: „(...)ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie

„oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (...).”

W ocenie Zamawiającego w treści przedłożonego uzasadnienia nie wykazano konkretnych okoliczności faktycznych, których wystąpienie uzasadniałoby uznanie zastrzeganej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania.

Uzasadnienie przedstawione przez Państwa zawiera szereg ogólników, które nie mogą stanowić „wykazania” zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazano, że: „(...) Objęte tajemnicą załączniki zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje posiadające wartość zarówno techniczną, organizacyjną i gospodarczą, tj. na temat zawartych umów podwykonawczych, konkretnych rozwiązań technicznych w zakresie realizacji zamówienia, które mają szczególny walor, podejścia do czynników kształtujących cenę.. (...)”

Samo jednak stwierdzenie, że dane informacje mają wartość nie wystarczy aby uznać, że Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z przedstawionej argumentacji nie wynika jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzeżone dokumenty/informacje i jak ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku. Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Wykonawca w uzasadnieniu nie wykazał, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłby innym wykonawcom uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. W uzasadnieniu nie wykazano istnienia związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca. Wykonawca ograniczył się w tym zakresie do ogólnego wskazania, że: - (...) Informacje te są ściśle związane z działalnością prowadzoną przez Spółkę, a więc ich ujawnienie umożliwi innym uczestnikom niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapoznanie się z istotnymi aspektami działalności Spółki. Są to bowiem dane obrazujące kontakty z podwykonawcami, otrzymane parametry ofert, itp. Ujawnienie tych informacji, nie tylko naraziłoby na szkodę Wykonawcę, ale również potencjalnych podwykonawców, których pozycja negocjacyjna z innymi kontrahentami uległaby pogorszeniu, w związku z ujawnieniem cen (...).”

Nie odniesiono się jednak szczegółowo w treści uzasadnienia do ww. aspektów.

Z uzasadnienia nie wynika w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami/informacjami.

W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretów obrazujących przykładowo to, w jaki sposób wykorzystanie przyjętych rozwiązań w tym postępowaniu, może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy, a nawet umożliwić podmiotom konkurencyjnym wyeliminowanie Wykonawcy z rynku. Wykonawca powinien między innymi wykazać (a czego nie uczynił), że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Za wykazanie nie mogą zostać uznane ogólne i lakoniczne stwierdzenia.

Uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie zostały w obiektywny sposób uzasadnione ani poparte dowodami. Takich deklaracji nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał między innymi na czym dokładnie polega unikalny, wyjątkowy charakter przyjętych ww. rozwiązań.

Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez Wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń Wykonawcy. Za dowód nie może w niniejszym przypadku zostać uznane to, że: „(...) wszelkie informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach: a) nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej, b) podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, c) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Wykonawca wyjaśnia, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. zarządowi Wykonawcy i upoważnionym przez nich pracownikom lub współpracownikom. Tajemnica przedsiębiorstwa nie traci swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy Wykonawcy lub inne osoby, którym Wykonawca powierza informację”.

W uzasadnieniu nie wskazano dokładnie z jakiego dokładnie katalogu narzędzi wskazany podmiot korzysta w celu zapewnienia ochrony tych informacji. W uzasadnieniu nie wskazano również w jaki sposób firma kontroluje liczbę i krąg pracowników mających dostęp do zastrzeżonych informacji. Tego rodzaju ogólniki mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania.

Nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy Wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Samo powołanie się na klauzule w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach załączonych do uzasadnienia bez podania realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. W ocenie Zamawiającego Wykonawca w swoich wyjaśnieniach winien odnieść się do każdego z dokumentów osobno i dla każdego z dokumentów wykazać, które z informacji zawartych w danym dokumencie mają charakter tajemnicy i dlaczego. W uzasadnieniu nie wykazano również, które z przedłożonych dokumentów (dowodów) pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń dotyczących środków (działań), którymi posługuje się Wykonawca w celu zachowania tajemnicy. W tym miejscu warto również dodatkowo podkreślić, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje, że zamawiający badając zasadność dokonanego zastrzeżenia nie może tej oceny dokonać w oderwaniu od argumentów przedstawionych przez wykonawcę pomimo ich braku (tak między innymi wyrok KIO z dnia 09.07.2018 r., sygn. akt 1234/18, KIO 1276/18). Co istotne, samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być również w niniejszym przypadku objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Tego typu zastrzeżenie w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jest niedopuszczalne. Uzasadnienie jest elementem jawnym i powinno służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez Wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów - tak między innymi wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r. sygn. akt 2498/18. Również w wyroku z dnia 23 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2314/18., Izba orzekła: „Uznaje się zastrzeżenie wyjaśnień podstaw dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za szczególnie naganne. Jest to działanie ograniczające jawność postępowania o udzielenie zamówienia oraz możliwość kontroli czynności zamawiającego w postępowaniu odwoławczym.”

Reasumując, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że dokumenty i informacje, przedłożone wraz z ofertą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty Zamawiający z dniem 25.03.2022 roku odtajnia informacje, o których mowa na wstępie.

W piśmie z dnia 1 marca 2022 roku, stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lutego 2022 roku Odwołujący podał między innymi:

W celu potwierdzenia powyższego, Wykonawca przedstawia w załączniku wyjaśnienia w zakresie konstrukcji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z uzasadnieniem zawartym w wyjaśnieniach z dnia 08.02.2022r. Przedstawione informacje dotyczą sposobu realizacji zamówienia, który przekłada się bezpośrednio na budowę ceny ofertowej na poziomie, który pozwolił na osiągnięcie najwyższej pozycji rankingowej w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym wnosimy o nieudostępnianie tych wyjaśnień podmiotom trzecim.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że dokonana przez Zamawiającego czynność z dnia 14 marca 2022 roku była nieprawidłowa.

Pismem z dnia 14 marca 2022 roku Zamawiający przedstawił szeroką argumentację dotyczącą wyniku dokonania badania zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty dokonanej przez Odwołującego, którą Izba uznała za prawidłową.

Wymaga podkreślenia, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza jawność przekazywanych informacji. Ta jawność informacji może i musi zostać ograniczona w przypadkach, gdy wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy). Przepis ten jednoznacznie wskazuje na konieczność odnoszenia się do skonkretyzowanych i podanych informacji przez wykonawcę oraz wymaga od wykonawcy staranności w wykazaniu tego, że podane przez niego informacje skutecznie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Szczególny charakter ww. przepisu wymaga od wykonawcy również szczególnego działania. Nie stanowi takiego niewątpliwie wręcz blankietowa treść zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa mająca uzasadnia tak istotny element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak ograniczenie jawności tego postępowania. Przedstawione przez wykonawcę w piśmie z dnia 8 lutego 2022 roku uzasadnienie, w ocenie Izby, stanowi właśnie taki blankietowy dokument (treść), który w zasadzie można wykorzystać w każdym przypadku.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, dalej: „uznk”) 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. W połączeniu z treścią art. 18 ust. 3 ustawy w sposób jednoznaczny należy wywieść, co ugruntowane jest już w orzecznictwie Izby ale i sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, że skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także udowodnienia, tj. wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Takie stanowisko w sposób jednoznaczny wymaga podkreślenia, że w każdym przypadku informacje jakie są przedstawiane Zamawiającemu, a jakie mają być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa, powinny zostać zdefiniowane do jakiej grupy informacji - informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą - należą w ocenie wykonawcy i co za tym przemawia i uzasadnia takie twierdzenia wykonawcy. Ogólna argumentacja jaka została przedstawiona przez wykonawcę nie odnosi się do żadnego z tych elementów w powiązaniu z konkretnymi złożonymi dokumentami. Odwołanie się do wartości wszystkich złożonych dokumentów i ich znaczenia dla wykonawcy gospodarczego czy technologicznego zamyka się w ogólnym stwierdzeniu dotyczącym tego, że informacje te mają powyższą wartość. Sam fakt wskazania na dane wartości czy to technologiczne czy gospodarcze nie uzasadnia w żaden sposób tego, że stanowią one taką wartość dla wykonawcy, która powinna podlegać tak daleko idącej ochronie. Odnoszenie się również do tego, że informacje są ściśle powiązane z działalnością spółki również nie stanowi uzasadnienia konieczności ograniczenia zasady jawności, bowiem w żaden sposób nie zostało wykazane przez Odwołującego, że tak właśnie jest. W każdym przypadku informacje przedstawiane przez wykonawców będą związane z ich działalnością, przy czym dla wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest wykazanie, że te informacje mają taką wartość dla wykonawcy, że z punktu widzenia jego działalności podlega musi ona szczególnej ochronie. Bardzo ogólne i w żaden sposób nieuzasadniające zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest powołanie się na to, że prezentowane w ramach wyjaśnień ceny oferty dane obrazują „kontakty z podwykonawcami, otrzymane parametry ofert, itp.” Samo podanie wyliczenia niezamkniętego, otwartego powoduje, że podane informacje są jedynie przykładowe czyli ponownie nie są nakierowane na przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – są zwyczajnie blankietowe i pasujące do tzw. „wszystkiego”. Brak wykazania faktycznie powiązanych z tym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów i podanych tam danych powoduje, że pozbawionym jakiegokolwiek uzasadnienia jest argumentacja dotycząca szkody jaka może zaistnieć po stronie Odwołującego. Nie sposób mówić o szkodzie skoro brak jest nawet wykazania dokumentów. Brak jest również jakiegokolwiek argumentacji odnoszącej się do szkody po stronie podwykonawców, przy czym Izba podkreśla, że w postępowaniu chronione są informacje jakich znaczenie i wartość określoną przepisami wykaże wykonawca, to oznacza, że po stronie wykonawcy jest zawarty obowiązek ochrony informacji przedstawianych mu przez podwykonawców. Nie sposób mieć jakiegokolwiek pretensje (roszczenia) do Zamawiającego skoro to wykonawca nie wykonał ciążącego na nim prawa ale i obowiązku, gdy dane informacje chce chronić tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie stanowi żadnego uzasadnienia dla ochrony tajemnicy odwoływanie się do tego, że są to dane pochodzące od podwykonawców,

że podwykonawcy mogą mieć trudności wynikające z ujawnienia tych dokumentów pochodzących od nich, że wiążą wykonawcę z podwykonawcą określone klauzule. Dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma jedynie znaczenie argumentacja przedstawiona przez wykonawcę, do której przedstawienia obowiązany jest na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy jeżeli chce chronić tajemnicę przedsiębiorstwa i ocena tej argumentacji jest podstawą do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy bądź nie. Zawarte w piśmie z dnia 8 lutego 2022 roku przez Odwołującego stanowisko jest bardzo ogólne, hasłowe, blankietowe.

Wymaga również podkreślenia, że jedynie ogólnie odnosi się do załączników Odwołujący w piśmie z dnia 8 lutego 2022 roku nawet ich nie identyfikując, nie wyjaśnia w jakim zakresie informacje - całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów – podlegają tej ochronie i dlaczego właśnie taka konfiguracja w ocenie wykonawcy jest istotna i została uznana za tajemnicę danego przedsiębiorstwa. Istotnym jest również fakt, że w piśmie z dnia 1 marca 2022 roku Odwołujący odnosi się do uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z pisma z dnia 8 lutego 2022 roku, przy czym pismo to nie odnosiło się w żaden sposób do załącznika przedstawionego przy piśmie z dnia 1 marca 2022 roku. Kolejnym elementem jest koniczność wykazania, że prezentowane informacje o określonym ich charakterze i zakresie nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Taka konstrukcja, „przepis” na skuteczność złożonego zastrzeżenia wymaga bardzo indywidualnego podejścia do zawartej w tym zastrzeżeniu argumentacji. Wartość informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić. Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia. W przypadku Odwołującego podaje on w piśmie z dnia 8 lutego br. ogólnie informacje co do podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawianych za tym pismem informacji. W ocenie Izby stanowisko wykonawcy jest ponownie i w tym zakresie ogólne blankietowe i lakoniczne. Miernikiem ogólności takiej argumentacji - która podkreślenia wymaga ma uzasadniać ograniczenie jednej z zasad Prawa zamówień publicznych tj. zasady jawności postępowania – jest w ocenie Izby test, który można określić „testem powszechności” (inaczej: testem ogólności). W wyniku takiego testu dochodzimy do wniosku, że użyta przez wykonawcę argumentacja będzie odpowiadać

każdym, wszystkich nawet tym jeszcze nie podanym dokumentom jakie to mają zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Przydatność takiego uzasadnienia, które jest tak bardzo ogólne należy ocenić negatywnie, nie stanowi ono uzasadnienia ograniczenia zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Słusznie również dostrzegł Zamawiający, że choć wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na określone procedury mające wykazywać fakt podjęcia działań zmierzających do realnego utrzymywania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do określonych dokumentów, takich dowodów (dokumentów) nie złożył Zamawiającemu. Izba wyjaśnia w tym miejscu, że wykonawcy podejmując się zastrzeżenia określonych dokumentów w całości czy części (co też powinni wykazać i uzasadnić) tajemnicą przedsiębiorstwa powinni dowieść (wykazać), że w tym celu podjęli działania polegające na zapewnieniu odpowiedniej ochrony tym informacjom. Wykonawca powinien m.in. wykazać, że dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, takich jak np.: wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, postanowienia w umowach z pracownikami oraz kontrahentami, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa czy też sposobu przechowywania dokumentów. Powyższe wyjaśnienia powinny być poparte odpowiednimi dowodami jak np.: polityka ochrony informacji poufnych czy polityka wewnętrznego obiegu dokumentów bądź też klauzule umowy lub umowy o zachowaniu poufności co powodowałoby wykazanie tych okoliczności przez wykonawcę zgodnie z regułą art. 18 ust. 3 ustawy. Jednoznacznie wskazał na to Sąd (por. m.in. wyroki z dn. 6.06.2003 r. IV CKN 211/01, z dn. 3.10.2000 r. I CKN 304/00, z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00) wyjaśniając, że *informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca wyraża wolę jej zachowania jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnych toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Jednocześnie art. 11 ust. 4 ZNKU uzależnia istnienie stanu tajemnicy od podjęcia przez przedsiębiorcę określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te – jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu – powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przez niekontrolowanym wpływem danych”* (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dn. 5.09.2001 r. I CKN 1159/00). Wymaga podkreślenia, że to Zamawiający dokonuje badania zasadności zastrzeżeń w oparciu o informacje i dowody bądź ich brak jakie zostały przedstawione Zamawiającemu, a Izba poddaje ocenie czynności Zamawiającego, która w tym wypadku została dokonana prawidłowo.

Ocenie, co do skuteczności spełnienia przesłanek z art. 18 ust.3 ustawy podlegają przedstawione zastrzeżenia i wykazana w nich podstawa do objęcia dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę, że to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodowy wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki art. 11 ust. 2 uznk i dalej z art. 18 ust. 3 ustawy, należy stwierdzić, że we wskazanym powyżej zakresie Odwołujący nie sprostał temu ciężarowi. Nadmienić należy w tym miejscu również, że wykonawca nie wyjaśnił na czym polega wyjątkowość informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to informacje „zostały indywidualnie dobrane i zestawione przez Wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania.” W ocenie Izby brak jest również w tym zakresie jakiegokolwiek faktycznego i indywidualnego odniesienia się do wykazania koniecznych przesłanek dla ochrony informacji w przedstawionych dokumentach i objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego określonych w zarzucie regulacji prawnych, w tym nie doszło do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych tj. proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Koszty:

Izba oddaliła w zakresie poddanym rozpoznaniu odwołanie o sygn. akt KIO 351/22 i oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 360/22 wobec powyższego, na podstawie art. 553 i art. 556 ustawy orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: