

Sygn. akt: KIO 2606/17

**WYROK**  
**z dnia 2 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:           Jan Kuzawiński**

**Protokolant:               Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**,

przy udziale

wykonawcy **POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno**, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Skarbu Państwa – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok**, kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów reprezentacji przed Izbą.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 2606/17**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Białymstoku, ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S-61 Ostrów Mazowiecka Szczuczyn, odcinek: węzeł „Śniadowo” (z węzłem) węzeł „Łomża Południe ” (bez węzła), na długości około 16.990 km [S61]”*.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29.04.2017 r. pod numerem 162541-2017 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej pismem z dnia 28.11.2017 r., jako najkorzystniejsza została uznana oferta wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o., Wólka Kozodawska, ul. Dworska 1, 05-500 Piaseczno, oferta wykonawcy Budimex S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Wykonawca Budimex S.A. na Pzp wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie mu korespondencji prowadzonej z wykonawcami po złożeniu ofert wraz z protokołem postępowania.

Zamawiający w dniu 8.12.2017r., udostępnił wykonawcy część wyjaśnień złożonych przez wykonawcę POLAQUA w dniu 20.09.2017 r. i 24.10.2017 r. – pomijając załączniki do tych pism oraz część odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania, które zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec zaniechania ujawnienia całości wyjaśnień wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. złożonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wobec czynności wyboru jako oferty

najkorzystniejszej oferty wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. odwołanie w dniu 8.12.2017 r. wniósł wykonawca Budimex S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez automatyczną, niepoprzedzoną należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowę ujawnienia informacji, które wykonawca POLAQUA zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czym Zamawiający w znacznym stopniu ogranicza realną możliwość skorzystania przez Odwołującego z przysługujących mu na mocy ustawy Pzp środków ochrony prawnej.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach udostępnienie Odwołującemu informacji zastrzeżonych przez wykonawcę POLAQUA jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. całości wyjaśnień Wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6.09.2017 r. i z dnia 18.10.2017 r.

#### Uzasadnienie odwołania

Odwołujący wskazuje, że wykonawca POLAQUA nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podnosi, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest - w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić - i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać”, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazuje, że niniejszej sprawie wykonawca POLAQUA przedstawił Zamawiającemu zaledwie półstronicowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dotyczy uzasadnienia przedstawionego w piśmie wykonawcy z dnia 20.09.2017r. i w piśmie z dnia 24.10.2017 r.), które sprowadza się do przytoczenia treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, definicji pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa” zaczerpniętej z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - dalej jako uznk - oraz ogólnego wskazania, że *„wszystkie z poniższych odpowiedzi zawierają dane pozwalające ustalić metody zapewnienia przez Wykonawcę elementów rynkowej przewagi konkurencyjnej, zarówno na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej, jak również też przedmiotowym postępowaniu”*. Wykonawca dodatkowo zapewnił, że zastrzegane informacje podlegają ochronie.

W ocenie Odwołującego trudno przyjąć, by tak skonstruowane uzasadnienie zawierało rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację i powoływało się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Podnosi, że uzasadnienie jest ogólne, lakoniczne i nie zawiera żadnych konkretnych informacji mogących wskazywać, czy to na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, czy to na fakt, że informacje te w rzeczywistości podlegają ścisłej ochronie.

Podnosi, że niemożliwym jest ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający przyjął, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że są chronione i mają wartość gospodarczą. Wskazuje, że w rzeczonym uzasadnieniu zastrzeżenia brak jest jakichkolwiek informacji, które mogłyby wskazywać na spełnienie przez wykonawcę POLAQUA wymogów formalnych wynikających z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zaś ocena tego zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego w istocie była automatyczna i oderwana od okoliczności faktycznych sprawy. Podnosi, że w niniejszej sprawie wykonawca POLAQUA nie wykazał, np. załączonymi do zastrzeżenia dodatkowymi dokumentami, by ogólnie wskazane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne miały miejsce, tj. w szczególności, że w rzeczywistości podjął środki zmierzające do ochrony przekazywanych informacji, o których lakonicznie wspomina w obu swoich wyjaśnieniach.

Wskazuje, że nie budzi wątpliwości, że wyjaśnienia ceny mogą zawierać wrażliwe informacje. Jednak w ocenie Odwołującego nie oznacza to, że każde wyjaśnienia automatycznie taką tajemnicę zawierają - każdorazowo zależy to od ich treści i znaczenia, a także z przyczyn formalnych, czy taka tajemnica zostanie zastrzeżona i czy zostanie zastrzeżona prawidłowo.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wykonawca POLAQUA nic wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia, wobec czego zastrzeżone dokumenty powinny podlegać upublicznieniu, z samych tylko przyczyn formalnych, stosownie do zasady jawności postępowania, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący podnosi, że zastrzegane informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy uznk, a zatem nie podlegają skutecznemu zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne, a wszelkie wyjątki od tej reguły wymagają szczegółowej analizy dowodów przedstawionych przez wykonawcę odnośnie każdej zastrzeganej informacji. Podnosi, że nawet, jeśli w zastrzeżonym zakresie znajdują się informacje, które mogłyby zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, z pewnością nieprawidłowe było automatyczne przyznanie takiego statusu wszystkim zamieszczonym tam informacjom.

Odwołujący wskazuje, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają przy tym informacje, a nie dokumenty. Podnosi, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wywodzi, że nie wszystkie informacje zastrzeżone przez POLAQUA mają charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny przedsiębiorstwa. Podnosi, że wyjaśnieniami objęte są bowiem także informacje kluczowe z punktu widzenia tego jednego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jako przykład podaje odpowiedzi na pytania np. nr 2, 7, 9, 10, 16, 17, 21, 25, 29, 42, 46 z wezwania z dnia 6.09.2017 r. W pytaniach tych Zamawiający żądał podania konkretnych rozwiązań projektowych dla tego konkretnego zamówienia, przy czym z uwagi na zapisy PFU (wiążący charakter części wymogów, brak możliwości tzw. „optymalizacji” rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego), jak i fakt, że w niniejszym postępowaniu zastosowane zostaną tylko znane rozwiązania techniczne i konstrukcyjne, ujawnienie tych informacji pozostaje bez wpływu na sytuację rynkową Wykonawcy. Odwołujący podkreśla, że w odpowiedzi na przywołane pytania Wykonawca potwierdził, że założył rozwiązania zgodne z dokumentacją postępowania, zatem w ocenie Odwołującego trudno stwierdzić, że uszczegółowienie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego informacji o dostosowaniu się do wymogów SIWZ miało stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Dodaje, że nie zakłada, by wykonawca POLAQUA w wyjaśnieniach, w częściach nieudostępnionych Odwołującemu, wykazał, że zastosował w niniejszym postępowaniu nowe, nieznanne konkurentom rozwiązania techniczne, w szczególności rozwiązania o charakterze innowacyjnym.

Wskazuje, że informacja, że w tym konkretnym postępowaniu Wykonawca założył, że wykona np. 10 zbiorników retencyjnych w opinii Odwołującego w żaden sposób nie wpłynie na pogorszenie sytuacji rynkowej Wykonawcy, nie zniweluje rzekomej przewagi konkurencyjnej tego wykonawcy, nie pozwoli konkurencyjnym wykonawcom zmniejszyć kosztów wykonywania przez nich działalności gospodarczej. Wywodzi, iż by mówić o ujawnieniu przez Wykonawcę jego know-how nie wystarczające jest - w przywołanym przykładzie - wskazanie liczby założonych zbiorników retencyjnych, ale wyjaśnienie, dlaczego taka właśnie liczba zbiorników została założona w ofercie. Takie informacje nie były przekazane przez Wykonawcę, na co wskazuje treści udostępnionych Odwołującemu dokumentów.

W ocenie Odwołującego powyższe pozwala na stwierdzenie, że informacje przekazane przez Wykonawcę nie mają w istocie wartości gospodarczej, a ich „utajnienie” miało na celu wyłącznie utrudnienie konkurencyjnym wykonawcom zweryfikowanie, czy istotnie zaoferowane przez Wykonawcę rozwiązania są zgodne z SIWZ.

Odwołując podnosi, że wykonawca zobowiązany jest wskazać, o jakich wartościach gospodarczych jest mowa i je uprawdopodobnić. Wskazuje, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny - poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo - znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa - może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Odwołujący wskazuje, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. W związku z tym wywodzi, że podana przez Wykonawcę np. lokalizacja wytwórni do produkcji mieszanek, czy kopalni z której będzie pochodziło kruszywo nie jest informacją, z której konkurencyjni wykonawcy mogliby skorzystać w innych postępowaniach, są to informacje zebrane na potrzeby tego konkretnego postępowania.

#### Stanowisko Zamawiającego

W dniu 21.12.2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający w ww. piśmie wskazał, że użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp pojęcie „wykazanie”, nie stanowi obowiązku udowodnienia, a jedynie uprawdopodobnienia, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego takiemu obowiązkowi wykazania Wykonawca POLAQUA sprostał. Zamawiający podniósł również, iż w jego ocenie rodzaj zastrzeganych informacji jest rzeczą indywidualną każdego wykonawcy powołującego się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnosząc się do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego POLAQUA Sp. z o.o. i nieujawnionych przez Zamawiającego, wskazał, że owe nieujawnione do wiadomości publicznej informacje dotyczą w szczególności przyjętych założeń do Systemu Zarządzania Ruchem, rozwiązań projektowych branży mostowej dot. rodzaju konstrukcji i posadowienia, planów w zakresie przebudowy istniejących dróg, ilości planowanego sprzętu oraz potencjału ludzkiego, lokalizacji wytwórni

mas bitumicznych oraz niektórych danych liczbowych z uwagi iż mają one charakter techniczny i technologiczny oraz obejmują doświadczenie i wiadomości przydatne do konkurencji w zakresie robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Taki charakter, w ocenie Zamawiającego, mają informacje zawarte w odpowiedziach na pytania Zamawiającego oraz w 2 załącznikach do pisma z dnia 20.09.2017 r.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 27.12.2017 r. Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie.

#### Stanowisko przystępującego POLAQUA Sp. z o.o.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiła POLAQUA Sp. z o.o. Na posiedzeniu w dniu 27.12.2017 r. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia i dopuściła ww. spółkę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania – Przystępującego.

Przystępujący POLAQUA Sp. z o.o. na posiedzeniu złożył pismo z dnia 27.12.2017 r., w którym poparł stanowisko Zamawiającego, a także zawarł wniosek o odrzucenie odwołania, wobec wniesienia go po terminie, wywodząc, że termin ów w niniejszej sprawie winien być liczony zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Podniósł, że pierwszym dniem, w którym Odwołujący, przy zachowaniu należytej staranności, mógł powziąć wiadomość o uwzględnieniu przez Zamawiającego wniosku o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji, był — w stosunku do wyjaśnień na wezwanie z 6.09.2017 r., wyznaczające termin na udzielenie odpowiedzi na 20.09.2017 r., dzień następnny czyli 21.09.2017 r., a w stosunku do wyjaśnień na wezwanie z 18.10.2017 roku, wyznaczające termin na udzielenie odpowiedzi na 25.10.2017 roku, miał to być 26.10.2017 r. Przystępujący wywodzi, że data 26.10.2017 r. wyznaczać winna początek 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji termin przewidziany na zaskarżenie czynności objętej zarzutem wskazanym w odwołaniu, w opinii zgłaszającego przystąpienie, upłynął w dniu 6.11.2017 r.

Uzasadniając stanowisko w zakresie wniosku o oddalenie odwołania Przystępujący podniósł, że zarzuty Odwołującego co do informacji zawartych w wyjaśnieniach POLAQUA Sp. z o.o., a w szczególności w tych dwóch załącznikach, są bardzo ogólne i nie poparte dowodami. Wskazuje, że poza twierdzeniami o braku ich charakteru technicznego lub wartości gospodarczej, Odwołujący nie stara się w ogóle przedstawić jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność. Podnosi, że twierdzenia Odwołującego w pozostałym zakresie także nie znajdują żadnego uzasadnienia. Jako przykład podaje kwestię informacji na temat ilości



zbiorników retencyjnych – podnosi, że określona ilość zbiorników jest związana z założonym przez wykonawcę modelem odwodnienia projektowanej drogi. Ilość zbiorników ma znaczenie dla systemu odwodnienia, bowiem determinuje ona przyjęcie np. systemu odwodnienia rozproszonego z wieloma niewielkimi zbiornikami, czy też koncentruje się np. na kilku dużych zbiornikach z systemem przepompowni, ponadto system drenażu trasy szybkiego ruchu związany jest też z koncepcją niwelety drogi, poziomu wody gruntowej czy odbiorników wody. Podnosi, że przyjęcie określonej ilości zbiorników retencyjnych opisuje określone rozwiązanie techniczne, które wynika z doświadczenia i wiedzy technicznej danego wykonawcy i jako takie może stanowić jego przewagę konkurencyjną wobec innych wykonawców przy ustalaniu kosztów danego rozwiązania. Przystępujący podnosi, że załączniki dotyczące odpowiedzi na pytania 7 i 16 zawierają wartość gospodarczą istotną dla Przystępującego, albowiem informacje w nich zawarte miały wpływ na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Na ich podstawie Przystępujący dokonał kalkulacji zwycięskiej oferty, co potwierdza ich wpływ na konkurencyjność Przystępującego na rynku. Wskazuje, że oferta Przystępującego zakłada osiągnięcie pewnych oszczędności przy realizacji przyjętej koncepcji projektowej. Przystępujący zwraca uwagę na odrębności i charakter modelu „Projektuj i Buduj”, w którym zamówienie będzie się odbywało. Wskazuje, że formuła ta charakteryzuje się tym, że oferenci konkurują między sobą swoim indywidualnym wkładem intelektualnym w przedstawieniu wyceny na zakres, który będzie ostatecznie zdefiniowany w trakcie realizacji kontraktu po przygotowaniu stosowych projektów. Ramy dowolności określa jednak Zamawiający poprzez m.in. PFU, co prowadzi do tego, że każda oferta składana w postępowaniu ma swój indywidualny charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny i posiadający wartość gospodarczą. Wskazuje, że np. informacja na temat lokalizacji dokopów będzie miała charakter techniczny, technologiczny (jakość kruszywa) oraz organizacyjny (sposób dowozu, składowania). Podobnie informacja na temat liczby zbiorników - ma ona również charakter techniczny, technologiczny (powyżej opisany sposób drenażu drogi, sposób budowy) oraz organizacyjny (organizacja zespołów do budowy zbiorników i drenażu). Podnosi, że oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Kalkulacja oferty powinna być w takim wypadku odniesiona do określonego rozwiązania koncepcyjnego, indywidualnie zaproponowanego przez każdego z wykonawców ubiegających się o realizację zamówienia.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu**

**się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i stanowiskiem pisemnym uczestnika postępowania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby wniosek Przystępującego POLAQUA Sp. z o.o. o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie jest bezzasadny. Jak ustaliła Izba, w niniejszej sprawie Odwołujący nie był informowany o wezwaniu wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. do wyjaśnień, jak również o złożeniu wyjaśnień objętych tajemnicą przedsiębiorstwa – co było w sprawie bezsporne. Izba nie podziela poglądu Przystępującego, zgodnie z którym wykonawca wykazujący należyłą staranność o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, winien stale kontrolować korespondencję pomiędzy Zamawiającym a pozostałymi wykonawcami. Przyjęcie takiego stanowisko oznaczałoby, iż wykonawcy obowiązani są codziennie składać wnioski o wgląd do protokołu postępowania (na podstawie którego Odwołujący miałby powziąć wiedzę o skierowaniu przedmiotowego wezwania i złożeniu wyjaśnień) – działania takiego nie można uznać za działanie racjonalne, ani też sprzyjające sprawności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia postępowania. Nadto zważyć należy, że art. 96 ust 3 ustawy Pzp stanowi, iż załączniki do protokołu postępowania (załącznik taki stanowi korespondencja Zamawiającego z wykonawcami) udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, dlatego też wobec braku wcześniejszej odmowy Zamawiającego udostępnienia informacji zastrzeżonych termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaznaczyć także należy, że do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający może podjąć decyzje o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy jako nieskuteczne.

Izba uznała, że początek biegu terminu na wniesienie odwołania miał miejsce w dniu 28 listopada 2017 r., jako dnia, w którym Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wnosząc odwołanie w dniu 8 grudnia 2017 r. Odwołujący zachował przewidziany w ustawie termin

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak na posiedzeniu w dniu 27.12.2017 r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 6.09.2017 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca POLAQUA Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 20.09.2017 r., w którym oświadczył, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SIWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Wykonawca udzielił odpowiedzi na wszystkie zadane przez Zamawiającego pytania. Wykonawca poinformował, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega przedłożone wyjaśnienia w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa o której mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Wskazał, że zawarte w piśmie informacje stanowią zdefiniowaną i określoną materialną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem są wynikiem zastosowania wiedzy i doświadczenia wykonawcy stanowiących wyłączną i poufną własność Wykonawcy. Wskazał, że wszystkie odpowiedzi zawierają dane pozwalające ustalić metody zapewniania przez Wykonawcę elementów rynkowej przewagi konkurencyjnej, zarówno na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej jak również w przedmiotowym postępowaniu. Ujawnienie zawartych w rzeczonym piśmie informacji naraziłoby Wykonawcę na istotną szkodę poprzez nieuprawnione udostępnienie ściśle poufnych informacji zabezpieczonych przez Wykonawcę zarówno w zakresie indywidualnym jak i generalnym jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawca podał, że informacje zawarte w ww. piśmie mają status ściśle poufnych, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, są chronione indywidualnie w ramach struktury spółki POLAQUA poprzez ograniczenie ich dostępności dla wąskiego grona wyspecjalizowanych pracowników POLAQUA. Wskazał, że każda z informacji dla zapewnienia poufności jest dostępna pracownikom POLAQUA wyłącznie w zakresie częściowym, a całość wskazanych informacji jest znana wyłącznie ścisłemu kierownictwu POLAQUA. Wskazał, że ujawnienie tych informacji zarówno w całości jak i w części mogłoby spowodować wykorzystanie tych informacji przez konkurencyjnych wykonawców, z uszczerbkiem dla POLAQUA. Wskazał, że z całą pewnością informacje zawarte w tych ofertach stanowią wartość gospodarczą i ich

ujawnienie konkurencyjnym wykonawcom doprowadziłoby do uzyskania przez nich bezpodstawnie korzyści gospodarczej, z naruszeniem interesu spółki POLAQUA.

Wykonawca oświadczył również, że przedstawione wyjaśnienia, co do których POLAQUA złożyła zastrzeżenie posiadają wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności. Stanowią one informację na temat relacji handlowych spółki POLAQUA, współpracy gospodarczej z podwykonawcami.

Zamawiający pismem z dnia 18.10.2017 r. ponownie, w nawiązaniu do ww. pisma wykonawcy POLAQUA, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca POLAQUA udzielił żądanych wyjaśnień pismem z dnia 24.10.2017 r. Poinformował, że na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega przedstawione wyjaśnienia jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, iż posiadają one wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności. Według uzasadnienia ww. zastrzeżenia, stanowią one informację na temat relacji handlowych Wykonawcy, współpracy gospodarczej z podwykonawcami i dostawcami, zawarte są w nich informacje na temat uzyskanych warunków handlowych, udzielonych rabatów itp. z poszczególnymi dostawcami, co jest konsekwencją rodzaju współpracy i rodzaju relacji handlowych z poszczególnymi podwykonawcami i dostawcami oraz wynik negocjacji biznesowych prowadzonych przez przedstawicieli Wykonawcy. Wskazał, że informacje te są poufne, ponieważ w ramach struktury Spółki nie są one dostępne dla ogółu pracowników, a tym bardziej nie mogą być ujawnione konkurencyjnym wykonawcom. Ujawnienie ich mogłoby spowodować wykorzystanie tych informacji przez konkurencyjnych wykonawców z uszczerbkiem dla POLAQUA.

Zamawiający pismem z dnia 28.11.2017 r. poinformował wykonawców o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy POLAQUA Sp. z o.o.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji Zamawiającego z wykonawcami po otwarciu ofert oraz protokołu postępowania w dniach 29.11.2017 r. i 7.12.2017 r.

Zamawiający w dniu 8.12.2017 r. udostępnił Odwołującemu część wyjaśnień z dnia 20.09.2017 r. i 24.10.2017 r., złożonych przez wykonawcę POLAQUA – bez załączników

i z usuniętą częścią odpowiedzi na zadane pytania. Zamawiający usunął część odpowiedzi na pytanie: 2, 4, 8, 9, 10, 18, 21, 42, 44, 46 z wyjaśnień z dnia 20.09.2017 r. Odpowiedź na pytanie nr 7 ww. wyjaśnień zawarta była w załączniku nr 1 do wyjaśnień, który nie został udostępniony Odwołującemu. Część odpowiedzi na pytanie nr 16 ww. wyjaśnień stanowiła załącznik nr 2, którego Zamawiający również nie ujawnił Odwołującemu. W zakresie wyjaśnień z dnia 24.10.2017 r. Zamawiający usunął część odpowiedzi na pytanie nr 2.

### **Izba zważyła, co następuje.**

#### **Odwołanie jako bezzasadne, nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, iż w niniejszej sprawie nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mającego polegać na automatycznej, niepoprzedzonej należną analizą okoliczności faktycznych i stanu prawnego odmowie ujawnienia informacji, które Przystępujący POLAQUA zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, że *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”*. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako *„nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”*. Jak zatem słusznie podnosi Odwołujący dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest wykazanie, że łącznie ziszcily się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby przesłanki te zaszły, wobec czego Zamawiający zasadnie uznał zastrzeżenie przedmiotowych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zaniechał ich odtajnienia.

W tym miejscu wskazać należy, że jakkolwiek niewątpliwym jest, że na to na wykonawcy zastrzegającym informacje ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, to na etapie postępowania odwoławczego zadaniem odwołującego się jest udowodnienie, że zamawiający błędnie uznał skuteczność

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 28.01.2016 r., sygn. akt KIO 57/16).

W ocenie Izby Odwołujący w niniejszej sprawie nie udowodnił, ażeby Zamawiający dopuścił się naruszenia wskazanych przepisów.

Treść uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z wyjaśnień Przystępującego z dnia 20.09.2017 r. i 24.10.2017 r. była Odwołującemu znana, nie odniósł się on jednak do nich w sposób, który pozwalałby na stwierdzenie niezasadności uznania przez Zamawiającego, że zastrzeżenia te były skuteczne.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Przystępujący wskazał na wszystkie elementy charakteryzujące tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk. Podał, że są to informacje nieujawnione do wiadomości publicznej, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – ograniczył ich dostępność do wąskiego grona swoich pracowników, ograniczył dostępność całości rzeczonych informacji jedynie do kierownictwa spółki. Niewątpliwie są to działania podjęte w celu zachowania poufności informacji. Odwołujący nie podjął polemiki w tym zakresie, nie wykazał, ażeby były to informacje nieprawdziwe bądź aby rzeczono działania nie były niezbędnymi dla zachowania poufności informacji. Odnośnie braku podania przedmiotowych informacji do publicznej wiadomości, wymaga zauważenia, że wykonawca POLAQUA w uzasadnieniach zastrzeżenia wskazał, że informacje mające stanowić tajemnice przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Należy zauważyć, że brak podania informacji do wiadomości publicznej stanowi przesłankę negatywną, której brak spełnienia udowodnić można jedynie na podstawie przeciwnych okoliczności pozytywnych – tj. poprzez wykazanie, że informacje zostały podane do wiadomości publicznej. Ustawa Pzp w art. 8 ust. 3 nie wymaga jednak od wykonawcy udowodnienia, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie wykazanie tego. Przystępujący wskazał zaś, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że zachowanie ich w tajemnicy pozostaje jego wolą oraz podjęte zostały środki, by informacje te pozostały poufne. Odwołujący w toku postępowania z kolei nie udowodnił okoliczności przeciwnej - że informacje te zostały podane do wiadomości publicznej.

Dalej, dla uznania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, koniecznym jest określenie ich charakteru. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w art. 11 ust. 4 wskazuje na informacje „*techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą*”. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 20.09.2017 r., Przystępujący wskazał, że zastrzeżone informacje są wynikiem zastosowania wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, zawierają dane pozwalające ustalić metody zapewniania przez

Wykonawcę elementów rynkowej przewagi – na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej oraz w przedmiotowym postępowaniu. W uzasadnieniu zastrzeżenia informacji w piśmie z dnia 24.10.2017 r. wskazał, że informacje zastrzeżone dotyczą szczegółów relacji handlowych z podwykonawcami i dostawcami.

W ocenie Izby uznać należy, że zastrzeżone informacje miały zatem charakter technologiczny, organizacyjny oraz handlowy. Przyjęte technologie, metody wykonania zamówienia wynikające z wiedzy i doświadczenia wykonawcy niewątpliwie stanowią informacje o charakterze technologicznym. Podobnie, zgodnie z dotychczasową linią orzeczniczą w tym zakresie, charakter handlowy posiadają informacje dotyczące partnerów handlowych oraz zawartych przez wykonawcę umów (w tym z podwykonawcami i dostawcami) i mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (por np. wyrok KIO z dnia 2.08.2013 r., sygn. akt KIO 1745/13, wyrok KIO z dnia 20.07.2011 r., sygn. akt KIO 1438/11).

Dla ustalenia skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa koniecznym jest również ustalenie, czy posiadały one wartość gospodarczą, zgodnie z deklaracją Przystępującego. Informacje o charakterze technologicznym, stanowiące know-how wykonawcy i wynikające z jego doświadczenia stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 459) – (por. komentarz do art. 55<sup>1</sup> k.c. w *System Prawa Handlowego*, red. M. Stec, 2017 r., Legalis; *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, 2017 r., Legalis). Wskazuje się, że chociaż takie składniki jak doświadczenie czy tajemnice przedsiębiorstwa nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić w wielkościach, to wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa (por. komentarz do art. 55<sup>1</sup> k.c. w *System Prawa Handlowego*, red. M. Stec, 2017 r., Legalis).

Należy zatem uznać, iż skoro zastrzeżone informacje świadczą o zastosowanych technologiach i przyjętych rozwiązaniach, które wynikają z doświadczenia i stanowią know-how przedsiębiorcy, to mają one wymierną wartość gospodarczą bowiem wpływają na wartość jego przedsiębiorstwa.

Podobnie, informacje o charakterze handlowym, takie jak szczegóły współpracy z podwykonawcami oraz dostawcami mają wpływ na konkurencyjność wykonawcy, a tym samym posiadają dla niego wartość gospodarczą.

Powyższe okoliczności pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący POLAQUA prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający nie miał podstaw, by zastrzeżenie uznać za nieskuteczne i udostępnić rzeczne informacje Odwołującemu.

Wskazane wyjaśnienia zawierają informacje na temat wyceny zamówienia oraz metod realizacji zamówienia przyjętych przez Wykonawcę i jako takie stanowią informacje organizacyjne, technologiczne i handlowe przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze, które nie są powszechnie udostępniane.

Na ocenę powyższej okoliczności nie mają wpływu argumenty podnoszone przez Odwołującego. Jak wskazano powyżej, brak jest podstaw, dla przyjęcia, jak chce Odwołujący, że uzasadnienie zastrzeżenia jest zbyt ogólne, nie wskazuje na konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji ani też nie zostało udowodnione.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że uzasadnienie, chociaż nie było rozbudowane, to, jak ustalono powyżej, zawierało wymagane elementy. Należy zauważyć, że praktyka pokazuje, że rzeczywiście uzasadnienia zastrzeżenia zazwyczaj są dużo obszerniejsze – jednak w większości ich treść to przytoczenie przepisów i orzecznictwa Izby, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Przystępujący uniknął takiego postępowania, sprowadzając uzasadnienie do kluczowych elementów, nie sposób zatem uznać by było ono lakonicznie i zbyt ogólne. W zakresie braku wskazania konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, wymaga zauważenia, że obowiązek taki nie wynika z żadnego przepisu prawa – co więcej – niejednokrotnie byłoby to w ogóle niemożliwe, bowiem jak wskazano powyżej, doświadczenie, tajemnice przedsiębiorstwa nie są przedmiotem obrotu i nie dają się wyrazić w wartościach pieniężnych. Dalej, Odwołujący zdaje się twierdzić, że zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może być skuteczne jedynie gdy poparte zostanie odpowiedni dowodami. Stanowisko takie nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który wymaga jedynie „wykazania”, nie kształtuje obowiązku przedłożenia dowodów. Przedmiotowy argument Odwołującego należy zatem uznać za bezpodstawny.

Odwołujący podnosi także, jakoby ocena zastrzeżenia przez Zamawiającego miała być automatyczna i oderwana od okoliczności sprawy. W ocenie Izby niemożliwym jest przyjęcie, że automatyczną była ocena zastrzeżenia, w wyniku której Zamawiający postanowił o udostępnieniu kompletnej odpowiedzi na 38 pytań, zaś w zakresie 12 pytań odpowiedzi Przystępującego ujawnił częściowo i jedynie odpowiedź na jedno pytanie pozostała w całości utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa (tj. załącznik nr 1 – odpowiedź na pytanie nr 7 w wyjaśnieniach z dnia 20.09.2017 r.). Okoliczność ta świadczy, że ocena zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego nie była automatyczna i oderwana od okoliczności sprawy. Zamawiający dokonał analizy wyjaśnień Przystępującego i dokonał ich odtajnienia w zakresie w jakim w jego przekonaniu nie dotyczyły one informacji zastrzeżonych jako



tajemnica przedsiębiorstwa. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są zatem bezzasadne.

Odwołujący wywodzi także, że zastrzeżone informacje nie świadczą o know-how Przystępującego, bowiem nie można tego ustalić na podstawie samych wskazań przyjętych rozwiązań. W ocenie Izby twierdzenie to nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy. Wskazanie przyjętych rozwiązań technologicznych pozwala na określenie możliwości technicznych wykonawcy, który rozwiązania te przyjął, jego doświadczenia czy sposobu organizacji. Może również doprowadzić do ustalenia metody realizacji zadania która, przyjęta przez jednego wykonawcę, nie jest znana innym wykonawcom, a która wpływa na jego konkurencyjność na rynku. W nawiązaniu do ww. okoliczności należy uznać za bezpodstawny również argument Odwołującego wedle którego zastrzeżone informacje dotyczą jedynie przedmiotowego postępowania, nie stanowią stałego waloru przedsiębiorcy. Należy stwierdzić, że pomimo, iż zastrzeżone informacje rzeczywiście dotyczą rozwiązań stosowanych w tym konkretnym, niepowtarzalnym, postępowaniu to – jak wskazano powyżej – dotyczą one cech przedsiębiorcy mających stały walor – relacje handlowe, doświadczenie, posiadana wiedza, zdolności techniczne i technologiczne. Izba nie znalazła również podstaw dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w niniejszej sprawie nie znalazły potwierdzenia ww. zarzuty naruszenia ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 i ust 4 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.).

**Przewodniczący:** .....