

WYROK
z dnia 10 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Stecol Corporation, Huayuan Industrial Zone, Rongyuan Road No. 2, Tianjin, adres do korespondencji: Stecol Corporation, Al. Jerozolimskie 176, Budynek C, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, w imieniu której postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego odtajnienia przez Zamawiającego informacji dotyczących nazw kontrahentów, podwykonawców oraz załączonych do pisma z dnia 26 kwietnia 2018r. ofert handlowych i porozumień pochodzących od tych podmiotów, w pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
2. **kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę Stecol Corporation, Huayuan Industrial Zone, Rongyuan Road No. 2, Tianjin, adres do korespondencji: Stecol Corporation, Al. Jerozolimskie 176, Budynek C, 02-486 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**, w imieniu której postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków** na rzecz **Stecol Corporation, Huayuan Industrial Zone, Rongyuan Road No. 2, Tianjin**, adres do korespondencji: **Stecol Corporation, Al. Jerozolimskie 176, Budynek C, 02-486 Warszawa** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych w Warszawie, w imieniu której działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wybudowanie drogi krajowej 47 Rabka Zdrój - Zakopane na odcinku Rdzawka - Nowy Targ od km 5+064,20 do km ok. 21+200 o długości ok. 16,13 km. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 8 listopada 2017r pod poz. 214 444065-2017-PL. Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) - zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 25 czerwca 2018r. Odwołujący - Stecol Corporation - wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na bezpodstawnym odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zakresie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wskazanych decyzją Zamawiającego w pismach z dnia 14.06.2018r.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie wobec skutecznego zastrzeżenia przez Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odtajnieniu przedmiotowych informacji i utrzymanie w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji wskazanych przez Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 14.06.2018r. Zamawiający poinformował o decyzji polegającej na odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie: wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniach 26.04.2018r., 29.05.2018r. dotyczących treści oferty i rażąco niskiej ceny, wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 29.05.2018r. dotyczących doświadczenia personelu wskazanego w ofercie Odwołującego.

Odnosnie wyjaśnień z dnia 26.04.2018r., oraz ich uzupełnienia z dnia 29.05.2018r., w których zawarte zostały informacje odnoszące się m.in. do sposobu kalkulacji ceny i polityki cenowej, to informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej czego Odwołujący nie jest w stanie inaczej wykazać jak przez złożenie oświadczenia, bowiem jeśli coś nie zostało publicznie ujawnione to nie istnieje dowód na jego istnienie w przestrzeni publicznej.

Sposób kalkulacji ceny, w wyniku której Odwołujący mógł zaferować cenę, która okazała się najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu przesądza o wartości gospodarczej tych informacji. Zamówienie realizowane jest w procedurze zaprojektuj i wybuduj, gdzie wykonawcy pozostawiony jest dość duży margines, jeśli chodzi o przyjęcie właściwych rozwiązań, zgodnych z treścią SIWZ, które pozwalają mu na osiągnięcie wymiernych oszczędności a przez to pozwalają na zaferowanie ceny najkorzystniejszej. Ujawnienie sposobu kalkulacji, źródeł dostawców, usługodawców i wynegocjowanych cen nie tylko może spowodować nieuczciwą konkurencję w tym postępowaniu, ale także w innych postępowaniach, w których Odwołujący bierze udział. Odtajnienie takich informacji może spowodować, że po pierwsze kontrahenci przestaną traktować wykonawcę jako „poważnego” partnera, gdyż inne podmioty mogą „wymuszać” stosowanie wobec nich preferencyjnych stawek, co w konsekwencji może oznaczać zakończenie współpracy, a po drugie spowoduje utratę przewagi konkurencyjnej wobec innych wykonawców, co wprost narusza interesy Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 14.06.2018r. Zamawiający poinformował Odwołującego o decyzji polegającej na odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie:

1. wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniach 26.04.2018r., 29.05.2018r. dotyczących treści oferty i rażąco niskiej ceny,
2. wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 29.05.2018r. dotyczących doświadczenia personelu wskazanego w ofercie Odwołującego.

W dniu 6 lipca 2018r, po wniesieniu odwołania, Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż w wyniku ponownej analizy dokumentów wyraża zgodę na odtajnienie określonych w piśmie fragmentów wyjaśnień złożonych w ramach badania rażąco niskiej ceny, zawartych w piśmie z dnia 26.04.2018r. oraz w piśmie z dnia 29.05.2018r. Z kolei w piśmie z dnia 9 lipca 2018r. skierowanym do Zamawiającego Odwołujący poinformował, że odtajnia treść pisma z dnia 29.05.2018r do strony 3 do pkt 1 a od strony 3 od pkt 1 do końca pisma oraz załączniki w postaci dowodów nr 1, 2 pozostają objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie, poinformowanie o przyczynach objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) – zwanej dalej uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest udowodnić łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk, tj.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja organizacyjna obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „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 kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 22 lutego 2018 r. II SA/Op 4/18 „na tajemnicę przedsiębiorstwa składają się należące do tego podmiotu takie informacje, których przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy. Warunkiem respektowania tej tajemnicy jest uprzednie złożenie w odniesieniu do konkretnych informacji zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępnione”.

Odnosząc powyższe rozważania do poszczególnych dokumentów, których fragmenty zgodnie z decyzją Odwołującego, wyrażoną w pismach z dnia 6 i 9 lipca 2018r, nadal pozostają objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba zważyła co następuje:

- w zakresie pisma z dnia 29 maja 2018r., które zgodnie z oświadczeniem Odwołującego zawartym w piśmie z dnia 9 lipca 2018r, pozostaje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa od strony 3 pkt 1 do końca tego pisma wraz z załącznikiem nr 1 i 2, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób skuteczny, że informacje zawarte w tej części pisma oraz załącznikach zawierają elementy, podlegające ochronie zgodnie z uznk. Dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (pismo wraz z załącznikami) opisują procedurę postępowania w zakresie weryfikacji informacji przekazanych przez personel wykonawcy, która została wdrożona u Odwołującego w wyniku wszczęcia u tego podmiotu procedury *self cleaning*. Okoliczność, na jaką wskazywał Odwołujący, iż wdrożona u wykonawcy instrukcja ma charakter wewnętrzny i nie została upubliczniona nie oznacza jeszcze, że ma ona walor informacji organizacyjnej czy handlowej podlegającej ochronie prawnej. Obowiązkiem wykonawcy było wykazanie, że informacje te takowy walor posiadają, jednak wykonawca temu obowiązkowi nie sprostał. W uzasadnieniu objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał jedynie, że informacje nie były ujawnione nigdy wcześniej do wiadomości publicznej, dotyczą one organizacji przedsiębiorstwa i należą do grupy innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Brak szczegółowego uzasadnienia, iż informacje te dotyczą organizacji przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby nie można także uznać, że ich ewentualne ujawnienie lub wykorzystanie albo nabycie od osoby nieuprawnionej mogłoby w jakiś sposób zagrozić lub naruszyć interes przedsiębiorcy. Stąd

zasadnym jest odtajnienie treści pisma z dnia 29 maja 2018r. w całości wraz z jego załącznikami.

- w zakresie pisma z dnia 26 kwietnia 2018r. Izba uznała, że pismo to nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa za wyjątkiem informacji dotyczących nazw kontrahentów, podmiotów współpracujących z wykonawcą i ich ofert oraz porozumień, będących załącznikiem do tego pisma. Natomiast, przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja ceny oferty nie odnosi się, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, do strategii budowania ceny. Pokazuje ona jedynie w sposób zbiorczy elementy wchodzące w skład ceny oferty, nie odnosząc się szczegółowo do sposobu ich kalkulacji. Jest to globalne, ogólne przedstawienie kosztów oferty, która co do zasady ma charakter jawny. Stąd, w ocenie Izby, nieuzasadnionym jest objęcie tajemnicą informacji dotyczących kalkulacji ceny oferty, przedstawionej w tabeli, jak również poszczególnych szacowanych, podanych pod każdą z odpowiedzi na pytania. W ocenie Izby, z informacji zwartych w piśmie z dnia 26 kwietnia 2018r. na ochronę prawną zasługują jedynie nazwy kontrahentów i podmiotów, z którymi wykonawca będzie współpracował oraz oferty i porozumienia zawarte z tymi podmiotami, w których podano obowiązujące stawki. Informacje te odnoszą się do ustaleń pomiędzy wykonawcą a jego kontrahentami i stanowią wartość gospodarczą danego przedsiębiorcy, która podlega ochronie prawnej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zalicza się dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2017 r. II SA/Wa 446/17.

- w zakresie pisma z dnia 29 maja 2018r. dotyczącego wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny Odwołujący w piśmie z dnia 6 lipca 2018r. zgodził się na odtajnienie treści tego pisma z całości, stąd kwestia ta nie jest już między stronami sporna.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: