

WYROK
z dnia 18 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółkę Akcyjną w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Budimex Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odcinek D – Roboty budowlane na linii kolejowej nr 229 – odc. Glinch – Kartuzy, realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 1 marca 2021 roku wykonawca Budimex SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wobec czynności oraz zaniechania dokonania czynności zamawiającego niezgodnych z przepisami nowego Pzp - polegających na odtajnieniu zastrzeżonych przez odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty oraz ceny — pisma odwołującego z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz 22 stycznia 2021 r. złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uznaniu, że informacje te nie zasługują na ochronę.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył następujące przepisy: art. 8 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że informacje zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługują na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. i w konsekwencji podjęcie decyzji w zakresie odtajnienia zastrzeżonych informacji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uwzględnienia odwołania;
- 2) unieważnienia czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty oraz ceny — tj. w piśmie odwołującego z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz z dnia 22 stycznia 2021 r. złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 3) unieważnienia czynności uznania wyjaśnień złożonych przez odwołującego jako wyjaśnień nie potwierdzających, że informacje zastrzeżone przez odwołującego zawarte w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty oraz ceny — pisma odwołującego z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz 22 stycznia 2021 r. stanowią informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i uznania w konsekwencji, że nie zasługują na ochronę;

4) uznania, że odwołujący wykazał, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarte w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty oraz ceny — pisma odwołującego z dnia 13 stycznia 2021 r. oraz 22 stycznia 2021 r. to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący wykazał swój interes w uzyskaniu zamówienia, a także interes w złożeniu odwołania, ponieważ może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Powyższe odwołujący uzasadnił okolicznością, iż ww. czynność zamawiającego utrudnia mu dalszy udział w postępowaniu, a przez to może uniemożliwiać odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, którą zamawiający mógłby uznać jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Pozostali wykonawcy uzyskają bowiem wiedzę o relacjach odwołującego z podwykonawcami, w szczególności z podwykonawcami współpracującymi z odwołującym w zakresie prac związanych ze sterowaniem ruchem kolejowym, a w szczególności uzyskanej oferty cenowej i szczegółów wyliczenia cenowego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 marca 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 8 stycznia 2021 roku odwołujący został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoferowanej ceny. W dniu 13 stycznia 2021 roku odwołujący złożył wyjaśnienia, w których zastrzegł, jako tajemnica przedsiębiorstwa, cenę za prawo opcji nr 2.

Uzasadniając dokonane zastrzeżenie, odwołujący wskazał, co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 2 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. Na mocy art. 11 ust. 1 uznk ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli kumulatywnie spełnia trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą;
- 2) 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;
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

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

Po pierwsze, przedmiotowe informacje posiadają wartość gospodarczą, przedstawiając wartość handlową bezpośrednio i/lub - poprzez fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. Przedmiotem zastrzeżenia są wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wykonawcy, których możliwość zastrzeżenia potwierdziła Izba w wyroku z dnia 27.01.2015r., sygn. akt KIO 95/15 wskazując, że generalnie uznaje się za dopuszczalną możliwość zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny (tak wyrok KIO z dnia 27.01.2015r., sygn. akt KIO 95/15). Informacje te zawierają bowiem dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcy metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (tak wyrok KIO z dnia 14.05.2013r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Co więcej, informacje te powstają na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej są wynikiem doświadczenia Wykonawcy w związku z długotrwałą obecnością Wykonawcy na rynku i częstokroć stanowią wynik czasochłonnych negocjacji, których efektem jest zacieśniona, wypracowywana na przestrzeni lat, współpraca między Wykonawcą, a podwykonawcami, czy dostawcami. W wyniku indywidualnego wypracowania dobrych relacji pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcami i dostawcami, oferty, które otrzymuje od nich Wykonawca, jako szczególnie korzystne, są niejednokrotnie opatrywane klauzulą wyłączności dla Wykonawcy (tak jest również w przypadku przedmiotowego postępowania), co stanowi dodatkowy argument przemawiający za koniecznością zachowania ich poufności.

Po drugie, Wykonawca został zobowiązany do złożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających, że zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną znacząco niższą w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich oferentów. Złożenie wyjaśnień wymaga więc od Wykonawcy ukazania elementów cenotwórczych oferty w zakresie prawa opcji 2 oraz ukazania struktury i strategii budowania ceny oferty.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie byli zobowiązani do wskazywania na etapie składania ofert takiego sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ, wykonawcy mieli przedstawić do oferty kalkulację w postaci zbiorczego zestawienia kosztów, zagregowanego zgodnie z podziałem wyrażonym w udostępnionych wzorach formularzy cenowych. Wykonawca, przedstawiając w niniejszych wyjaśnieniach założenia kalkulacyjne i szczegółowe kalkulacje, wykroczył więc poza wymagane przez Zamawiającego na etapie SIWZ informacje i przedstawia Zamawiającemu dane, które nie są znane innym wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy) i nie udostępnia ich podmiotom trzecim.

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

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

Po trzecie, informacje te mają wartość gospodarczą, określają bowiem zasady rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakres praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z Wykonawcą te zadania realizować. Te ostatnie informacje mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i już z tego tylko względu są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa, niemniej nie sposób im jednocześnie odmówić charakteru cenotwórczego.

Należy przy tym zauważyć, 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 uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015r., sygn. akt: KIO 2784/14).

Dobór podwykonawców i dostawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji robót, tak z uwagi na wysokość przysługujących im wynagrodzeń, jak i treść pozostałych postanowień zawartych w umowach „zdradza” przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie Wykonawcy, strategię kalkulacji ceny przyjętą na etapie ubiegania się o zamówienie. Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą mu osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Jak wynika z doświadczeń Wykonawcy, przedsiębiorcy o zbliżonych do

Wykonawcy cechach, prowadzący działalność na podobną skalę, tj. posiadający podobne doświadczenie, rozeznanie rynku, infrastrukturę, zaplecze techniczne i osobowe etc., nie są w stanie nawiązać tak atrakcyjnych cenowo warunków współpracy z podwykonawcami. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań zamawiającego, stanowiąc więc bezsprzecznie jego know-how o istotnej dla utrzymania jego pozycji konkurencyjnej wartości gospodarczej.

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

Wypracowane przez Wykonawcę na przestrzeni lat zasady kalkulacji cen ofertowych, w tym zasady minimalizacji kosztów, są informacjami, które nie są - ze względu na swoją wartość gospodarczą - ujawniane szerszemu kręgowi osób. Dostęp do tych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Wykonawcy - osoby odpowiedzialne za przygotowanie kalkulacji (Biuro Handlowe), osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) oraz zarząd Spółki.

Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników Spółki i innych osób do zastrzeganych informacji wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy, wynikającym z art. 100 §2 pkt 4 Kodeksu pracy. Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 marca 201 r., II PK 204/10, powinności określone w art. 100 §2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy. W takich sytuacjach zachowanie pracownika powinno być oceniane w ten sposób, że nacisk należy położyć nie tyle na zawiniony (niezawiniony) bądź też legalny (bezprawny) charakter jego zachowania się, ile na zachowanie przez niego lojalności względem pracodawcy."

Konieczność zachowania części danych, o których mowa w poufności wynika także z uzgodnień zawartych z podwykonawcami/dostawcami.

Pismem z dnia z dnia 20 stycznia 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie prawa opcji nr 2. Pismem z dnia 22 stycznia 2021 roku odwołujący złożył żądane wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

Uzasadniając dokonane zastrzeżenie odwołujący powołał się na argumentację i dowody załączone do pisma z dnia 13 stycznia 2021 r.

W piśmie z dnia 19 lutego 2021 roku zamawiający poinformował odwołującego o decyzji w zakresie odtajnienia zastrzeżonych przez odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących treści oferty oraz ceny — pisma odwołującego z dnia 13.01.2021 r oraz 22.01.2021 r. złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem zamawiającego nie zasługują one na ochronę wynikającą z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający poinformował, że odwołujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień, a tym samym podlegają one odtajnieniu. Odwołujący nie wykazał, że informacje wskazane w piśmie są przez niego chronione.

Zamawiający wskazał, że o ile odwołujący w sposób prawidłowy wykazał, iż informacje związane z kalkulacją ceny mogą przejawiać dla niego wartość gospodarczą, to w żaden sposób nie udowodnił, iż podejmuje on jakiegokolwiek czynności mające na celu zachowanie tych informacji w poufności. Odwołujący oświadczył bowiem, że w celu zachowania w tajemnicy informacji dotyczących metod kalkulacji ceny stosuje środki w postaci m.in. procedur wprowadzania do obiegu informacji, zabezpieczenie hasłami danych, zobowiązania pracowników do zachowywania w tajemnicy informacji, natomiast nie przedstawił on żadnego dowodu potwierdzającego faktyczne stosowanie tego rodzaju środków. Dodatkowo, zamawiający wskazał, że brak jest jakiegokolwiek dokumentu, potwierdzającego intencję zarówno Budimex S.A., jak i PU JAREX Sp. z o.o. do zachowania treści złożonej przez PU JAREX Sp. z o.o. oferty w tajemnicy. Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia odwołującego w zakresie, w jakim odnoszą się do kwestii działań podejmowanych przez Budimex S.A. celem zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy, są lakoniczne i ogólnikowe — sprowadzają się do przytoczenia orzecznictwa, bez wykazania faktycznie podejmowanych przez odwołującego działań. Tym samym nie można też uznać, że Budimex S.A. zachował należyłą staranność przy zapewnieniu poufności zastrzeganych informacji. W konsekwencji powyższego należy uznać, że

odwołujący nie sprostął wymaganiom wynikającym z treści art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. i art. 11 ust. 2 uznk. Zamawiający poinformował, że udostępni przedmiotowe dokumenty na wniosek zainteresowanych stron, po upływie terminu na wniesienie przez odwołującego środków ochrony prawnej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy nowego P.z.p.

Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze i drugie ustawy P.z.p, 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.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), 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.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. Charakter informacji, uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa nie był pomiędzy stronami sporny. Niemniej jednak Izba podziela stanowisko zamawiającego, że złożone wyjaśnienia są bardzo ogólne, lakoniczne, a ponadto odwołujący nie złożył żadnych dowodów wskazujących, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjęto działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona

pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych i gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Izba, analizując wyjaśnienia odwołującego, stwierdziła, że rozwiązania, na które powołuje się odwołujący, można było udowodnić za pomocą odpowiednich dowodów. Odwołujący wskazał na ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. W ocenie Izby, odwołujący, dla wykazania zasadności zastrzeżenia, mógł i powinien przedłożyć obowiązujące u niego procedury w zakresie obiegu informacji czy umowy o pracę, choćby w postaci zanonimizowanej, zawierające odpowiednie klauzule poufności.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Tym samym stwierdzić należy, iż art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania zastrzeżenia informacji w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub dokumentów składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, i jednoczesnego złożenia dowodów uzasadniających dokonane zastrzeżenie. Tymczasem odwołujący dokonane zastrzeżenia w wyznaczonym terminie nie udowodnił. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia uzasadniające zastrzeżenie złożonych wyjaśnień i w wyjaśnieniach tych wymienił szereg czynności, które – jak wskazał – podjął w celu zachowania niejawności zastrzeżonych informacji, jednakże żadna z tych czynności nie została udowodniona. Odwołujący nie złożył żadnego dowodu w celu wykazania, że czynności takie w istocie zostały wykonane. Tym samym Izba uznała za prawidłową czynność zamawiającego, polegającą na ujawnieniu zastrzeżonych przez odwołującego dokumentów i uznała odwołanie na tę czynność za bezzasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3b ustawy P.z.p.

.....