

**WYROK**

**z dnia 16 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Aneta Mlącka  
Agata Mikołajczyk  
Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. (ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)**

przy udziale:

- A. Wykonawcy **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. Wykonawcy **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (ul. Progi 1 lok. 2, 00-634 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie:

- w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty zawierające informacje stanowiące wyjaśnienie treści oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie zgodności oferty tego wykonawcy z SIWZ
- (w konsekwencji) w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp

poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności odtajnienia dokumentów Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w postaci wyjaśnień Wykonawcy (z 16 grudnia 2020 roku, 15 stycznia 2021 roku, 10 lutego 2021 roku) złożonych na wezwanie Zamawiającego

2. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji, ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi i w konsekwencji w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości w tym zakresie

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. (ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

3.2. zasądza od Zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku (ul. Zwycięstwa 2, 15-703 Białystok)** na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. (ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie)** kwotę **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Białymstoku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Malewice- Chlebczyn.

Odwołujący odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 3 w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) poprzez uznanie, że informacje stanowiące wyjaśnienia treści oferty oraz dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji, ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa KOLIN, podczas gdy KOLIN w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie zgodności oferty KOLIN z SIWZ oraz spełnienia przez KOLIN warunków udziału w Postępowaniu; a w konsekwencji
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o:

- odtajnienie dokumentów wykonawcy KOLIN zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa w postaci:
- dokumentów potwierdzających należyte wykonanie inwestycji wraz z oświadczeniami wykonawcy;
- sprawozdań finansowych, opinii audytora, oświadczenia KOLIN dotyczących wyników finansowych;
- informacji bankowych i oświadczeń KOLIN w tym zakresie;
- wyjaśnień wykonawcy KOLIN odnośnie treści Jego oferty;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie oferty Wykonawcy KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi oraz korespondencji prowadzonej z Zamawiającym.

Odwołujący powziął informację, że pismem z 1 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Zamawiający zadał blisko 120 pytań, których celem było m.in. potwierdzenie uwzględnienia odpowiednich wymagań w ofercie. Wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi całość wyjaśnień utajnił, jednak uzasadnienie utajnienia każdej odpowiedzi na pytanie było ogólne i takie samo, niezależnie od kategorii pytań. Uzasadnienie zastrzeżenia każdej odpowiedzi brzmiało:

Odpowiedź na pytanie nr zawiera informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy: organizacyjne, technologiczne, techniczne i gospodarcze, dotyczące kwestii zaliczki. Odpowiedź na przedmiotowe pytanie została przygotowana w oparciu o sposoby rozwiązań KOLİN. będące wynikiem oryginalnych i twórczych prac Wykonawcy i jego konsultantów, poczynionych kosztem finansowym i nakładami czasowymi, organizacyjnymi Wykonawcy. Nie ma podstaw, aby inni wykonawcy poznali te rozwiązania i mogli wykorzystać dla własnych celów owoce prac Wykonawcy, zwłaszcza że mogliby wykorzystać je aa potrzeby realizacji innych przetargów realizowanych przez Zamawiającego, a także innych zadań realizowanych przez Wykonawcę, co zakłóciłoby uczciwą konkurencję. Wykonawcy mogliby również wykorzystać tę odpowiedź celem oceny zasobów KOLİN i jego planów biznesowych w innych projektach, nie tylko w Polsce, ale i zagranicą.

Pismem z 11 lutego 2021 r. Wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Wykonawca złożył odpowiedź na powyższe wezwanie, przy czym zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- a) wszystkie dokumenty mające na celu potwierdzić spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. opinia audytora, uzupełniająca opinia biegłego rewidenta z przeliczeniem kwot z TRY na PLN; sprawozdania finansowe za rok 2017, 2018, 2019, 2020; oświadczenie wykonawcy dot. roku 2020 z przeliczeniem kwot z TRY na PLN; informacje (referencje) bankowe dot. roku 2020; oświadczenie o przeliczeniu kwot na PLN z bankowych listów referencyjnych;
- b) dokumenty mające na celu potwierdzić spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj., zaświadczenie o ukończeniu pracy; Świadectwo Przejęcia; Certyfikat Doświadczenia Zawodowego; Oświadczenia dot. dokumentu referencji konsorcjum.

W ocenie Odwołującego Wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi nie sprostął ustawowym wymogom w zakresie zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, co skutkować powinno ich odtajnieniem.

W myśl 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.”

Mając na uwadze dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one 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.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że dana informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. Tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w bardzo ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego, czy wykonawcy. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym analizowanej treści dokumentu. Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Zdaniem odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia informacji przez Wykonawcę KOLIN ma charakter pierwotny - brak wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk. W takim przypadku nawet, gdyby okazało się, że wśród utajnionych informacji znajdują się takie, które mogłyby zasługiwać na ochronę, to wobec owej pierwotnej wadliwości, jaką jest niesprostanie wymogom art. 11 ust. 2 Uznk, dokumenty te powinny zostać odtajnione.

Odwołujący podkreślał, że Wykonawca nie wykazał, że wyjaśnienia treści oferty mają wartość gospodarczą.

1 grudnia 2020 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust 1 Pzp wezwał Wykonawcę Kolin do udzielenia wyjaśnień dot. treści złożonej oferty. Wezwanie zawierało blisko 120 pytań do wykonawcy, które dotyczyły przedmiotu zamówienia lub odpowiedzi na pytania, czy wykonawca uwzględnił dany element w wycenie oferty.

Wykonawca w sposób całkowicie niedbały i niestaranny skopiował jedną formułkę, która miałaby rzekomo wykazywać wartość gospodarczą danej odpowiedzi. KOLIN nie zdecydował się na jakiegokolwiek rozróżnienie, czy zindywidualizowanie danych uzasadnień, tak by można by było przypuszczać, że każda z odpowiedzi odnosi się do odrębnej materii. Uzasadnienia utajnienia złożonych odpowiedzi zawierają wyłącznie ogólne sformułowania, które bez większego namysłu dopasowane mogłyby zostać do każdej szeroko rozumianej informacji. Zamawiający w tej materii całkowicie niesłusznie i bezrefleksyjnie uznał, że takim sposobem Wykonawca wykazał wartość gospodarczą całości swoich wyjaśnień.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że nawet abstrahując od kluczowej wadliwości, jaką jest niewykazanie przez Wykonawcę Kolin, że poszczególne informacje posiadają wartość gospodarczą, już analiza poszczególnych zadanych pytań, pozwala jednoznacznie przyjąć, że pytania te odnoszą się w dużej mierze do materii, która nie może być chroniona tajemnicą przedsiębiorstwa.

W pytaniach 3, 9, 19, 22, 33, 34, 39, 47, 51, 53, 65, 67, 69, 72, 74, 79, 83, 85, 90, 91, 93, 96, 100, 102, 110, 111 Zamawiający konstruuje swoje pytanie w taki sposób, by Wykonawca mógł wyłącznie odpowiedzieć na nie twierdząco lub przecząco. Zatem odpowiedź, która mogła się nawet sprowadzać do krótkiej odpowiedzi „tak potwierdzamy”, nie może być oceniana przez pryzmat definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W zakresie takich pytań nie zostaje bowiem spełniona dyspozycja art. 11 ust. 2 Uznk. Np. pytanie: czy Wykonawca uwzględnił w ofercie Ilość kompletów Dokumentów Wykonawcy wyszczególnionych w pkt. 2.2.2. PPU? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie koszty usunięcia z terenu budowy oraz utylizacji materiałów z rozbiórki dróg i obiektów kubaturowych? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie ewentualną konieczność uzyskania zmiany decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dodatkowej decyzji zgodnie z zapisami PFU lub przeprowadzenie zmiany w ramach ponownej oceny oddziaływania inwestycji na środowisko? Czy do wyceny

uwzględniono wymagania PFU pkt. L.1,3,17, Prosimy o potwierdzenie, że w cenie oferty Wykonawca uwzględni! wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości? Czy w ofercie uwzględnione zostały koszty tymczasowej organizacji ruchu i zimowego utrzymania odcinków kolidujących z inwestycją?

Oprócz tego Odwołujący wskazał na dalsze pytania, które już z samej treści wskazują, że ich odpowiedź nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przykładowo w pytaniu nr 1 Zamawiający dopytywał o zaplecze budowy. W ocenie Odwołującego odpowiedź na tak zadane pytanie trudno zakwalifikować pod kategorię informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te nie posiadają waloru informacji technicznej, czy organizacyjnej. Organizacja zaplecza budowy jest elementem składowym każdej realizowanej inwestycji i nie można przyjąć, że sposób jego organizacji ma walor wartości gospodarczej dla wykonawców. Sposób zorganizowania zaplecza budowy nie jest i nie może być informacją chronioną, bowiem jego efekt będzie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia widoczny dla wszystkich podmiotów uczestniczących w realizacji inwestycji.

W pytaniu nr 3 Zamawiający zapytał, czy Wykonawca zamierza skorzystać z możliwości uzyskania zaliczki. W opinii Odwołującego odpowiedź na takie pytanie już bez głębszej analizy pozwala przyjąć, że taka informacja nie niesie za sobą żadnej wartości technologicznej, organizacyjnej czy też gospodarczej. Otrzymanie zaliczki w toku realizacji przedmiotu zamówienia jest bowiem wyłącznie elementem rozliczeń między Zamawiającym, a danym wykonawcą.

Innym pytaniem było pytanie nr 94, w którym Zamawiający oczekiwał przedstawienia interpretacji pojęcia „osobiste wykonanie”. W opinii Odwołującego trudno zgodzić się, że na zastrzeżenia zasługuje odpowiedź na pytanie, w treści którego Zamawiający odnosi się do wymogu SIWZ, mającego swoje podłoże w treści art. 36a ust. 2 Pzp. Nie można uznać, że odpowiedź na takie pytanie mogła wypełnić przesłanki do zastrzeżenia takiej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W pytaniach nr 9,11,12,13,14,20,21,31,51,53,60,67,69,89,96,97,111,114 Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, jakie rozwiązania projektowe zostały przyjęte w ofercie, czy wskazane rozwiązania są zgodne z założeniami PFU lub czy wskazane rozwiązanie jest uwzględnione w ofercie np.: Zwracamy się o wskazanie, Jakie rozwiązania projektowe dla branży drogowej zostały przyjęte przez Wykonawcę? Zwracamy się o wskazanie, jakie rozwiązania projektowe odwodnienia drogi ekspresowej i dróg poprzecznych zostały przyjęte przez Wykonawcę? Prosimy również o wskazanie w jaki sposób Wykonawca planuje odwodnienie drogi na etapie realizacji, czy Wykonawca przewidział w ofercie koszty



zapewnienia odwodnienia tymczasowego? Jakie założenia projektowe i technologiczne założył w ofercie Wykonawca w związku z wymaganiami zawartymi w Tomie IM SIWZ między Innymi w punkcie 1,1.1. PFU? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie Inwentaryzacji stanu technicznego wszystkich budynków i budowli Jak również studni i dróg dojazdowych do posesji leżących w strefie wpływu drgań oraz Innych negatywnych skutków prowadzenia robót budowlanych? Jeżeli tak, to w Jakiej odległości od linii rozgraniczających? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy pkt 5.A. Tom I Instrukcja dla Wykonawców Rozdział 1? Czy w cenie Oferty zostały uwzględnione wszystkie niezbędne opracowania wymienione w pkt. 2.2.1 i 2.2.2 PFU ?

Tak sformułowane pytania, jak również odpowiedzi na nie, nie mogą w ocenie Odwołującego świadczyć o tym, że odpowiedzi mają jakkolwiek walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Odpowiedzi na przykładowo wskazane pytania obejmują elementy, które wskazane są wprost w dokumentacji Postępowania, przez co każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie winien był takie elementy w swojej ofercie uwzględnić.

Zamawiający w pkt 7 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału dotyczące:

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

Wykonawca musi wykazać:

a) Średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a Jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nim) w wysokości nie mniejszej niż 271 000 000,00 PLN.

b) Posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 70 000 000 zł.

Wartość/ podane w dokumentach potwierdzających Spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć:

- dla „przychodu” według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego,
- dla posiadanych „środków finansowych zdolności kredytowej” wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia dokumentu.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków w pkt 7.2,2) Wykonawcy wykazują łącznie,

W pkt 9.7 ppkt 1) IDW Zamawiający wyszczególnił dokumenty, jakie dany wykonawca winien złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału (w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej):

Na wezwanie zamawiającego Wykonawca zobowiązany jest do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

- a) sprawozdania finansowego: rachunku zysków i strat, w przypadku gdy sporządzenie sprawozdania wymagane jest przepisami prawa kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również odpowiednio z opinią o badanym sprawozdaniu w części dotyczącej rachunku zysków i strat, a w przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających na przykład obroty oraz aktywa i zobowiązania - za okres nie dłuższy niż ostatnie 3 lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres;
- b) Informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert;

W wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca KOLIN zobowiązany został do przedłożenia dokumentów, które potwierdziłyby spełnienie warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca utajnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, wskazując na pojawiającą się w nich wartość, mającą wypełniać definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Wśród utajnionych dokumentów znalazły się:

- a) Opinia audytora, uzupełniająca opinię biegłego rewidenta z przeliczeniem kwot z TRY na PLN;
- b) Sprawozdanie finansowe za rok 2017 wraz z opinią biegłego rewidenta;
- c) Sprawozdanie finansowe za rok 2018 wraz z opinią biegłego rewidenta;
- d) Sprawozdanie finansowe za rok 2019 wraz z opinią biegłego rewidenta;
- e) Oświadczenie Wykonawcy dot. roku 2020 z przeliczeniem kwot z TRY na PLN;
- f) Informacje, referencje bankowe z 16.11.2020 r.;
- g) Oświadczenie o przeliczeniu kwot na PLN z bankowych listów referencyjnych z 16.11.2020 r.;
- h) Informacje, referencje bankowe z 12.02.2021 r.;
- i) Oświadczenie o przeliczeniu kwot na PLN z bankowych listów referencyjnych z 12.02.2021 r.

W ocenie Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa powyższych dokumentów budzi tożsame wątpliwości, jak przy wyjaśnieniach treści oferty. Treść zastrzeżenia jest tożsama z każdym innym uzasadnieniem. Zdaniem Odwołującego Wykonawca Kolin nie wykazał, na czym polega wartość gospodarcza zastrzeżonych

dokumentów. Całość zastrzeżenia opiera na ogólnikowym twierdzeniu, jakoby informacje, które potwierdzać mają spełnienie warunku udziału, były tak tajne i istotne, że ich ujawnienie zachwiałoby pozycją KOLIN na polskim rynku zamówieniowym. Odwołujący zauważył, że dokumenty na temat spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogą podlegać utajnieniu. Informacja o tym czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest informacją kluczową, która musi zostać ujawniona ponieważ stanowi element podstawowy związany z prymatem zasady jawności w postępowaniu.

Za całkowicie chybione uznał Odwołujący zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa takich dokumentów jak sprawozdania finansowe, opinia audytora, czy referencje bankowe. Wyjaśnił, że dane i informacje związane z ekonomicznym aspektem funkcjonowania przedsiębiorstwa mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak informacje takie powinny dotyczyć sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania, a informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym, jak również tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Takich informacji nie zawiera ani opinia audytora, sprawozdania finansowe, czy referencje bankowe.

Odwołujący wskazał także, że twierdzenie, że ujawnienie danych banku, który prowadzi rachunek Wykonawcy Kolin mógłby wpłynąć negatywnie na oferty innych banków jest co najmniej nielogiczne. Wykonawca stwierdził w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że inne banki, dowiedziawszy się, który bank prowadzi jego rachunek bankowy mogłyby przedstawiać niekorzystne oferty np. na prowadzenie konta. Zdaniem Odwołującego ciężko jest doszukać się w takim uzasadnieniu jakichkolwiek wartości, które uzasadniałyby utajnienie wymienionych wcześniej dokumentów. Odwołujący zauważył także, że informacje te nie mogą być również uznane za ewentualną tajemnicę bankową, bowiem adresatem przepisu regulującego tajemnicę bankową (art. 104 Prawa bankowego) jest szeroko rozumiany bank, a nie klient tego banku. Oznacza to, że podmiot, którego dotyczą dane objęte tajemnicą bankową, jest ich dysponentem i ma prawo rozpowszechniać i upubliczniać informacje stanowiące tajemnicę bankową, które go dotyczą. Fakt ewentualnego zawarcia w dokumencie wystawionym przez bank informacji, które wskazywać mogą na szczególnie uprzywilejowane warunki współpracy, nie może skutkować prawem żądania utajnienia całego dokumentu, w szczególności, że jest to dokumenty wymagany przez IDW.

Wykonawca Kolin stwierdził także, że w Turcji – kraju, w którym wykonawca ma siedzibę - sprawozdania finansowe nie są publicznie dostępne. Wykonawca nie złożył żadnego dowodu na tę okoliczność. Bez znaczenia zdaniem Odwołującego pozostaje fakt trudniejszego dostępu do sprawozdań na terenie Turcji. Niezależnie od kraju siedziby wykonawcy, każdy z wykonawców zobowiązany byłby do złożenia sprawozdań finansowych i ich ujawnienia z uwagi na fakt, iż wymaga tego warunek udziału w postępowaniu. Umożliwienie utajnienia sprawozdań finansowych podmiotów zagranicznych, gdzie system gromadzenia takich danych jest inny niż w Polsce stanowiłby o nierównym traktowaniu wykonawców, których sprawozdania finansowe są ogólnie jawne dla innych podmiotów trzecich na terenie Polski (i które zawierają zbieżne informacje do sprawozdań finansowych podmiotów zagranicznych). Odwołujący podkreślił, że zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i nie można w nieskończoność rozszerzać wyjątków od niej. Odwołujący wskazał także, że na gruncie polskich regulacji sprawozdania finansowe są powszechnie uznawane za dokumenty jawne.

Wykonawca Kolin utajnił dokumenty, które potwierdzać miały warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W tym takie dokumenty jak:

- a) Wykaz robót;
- b) Zaświadczenie o ukończeniu pracy;
- c) Świadectwo Przejęcia wraz z dodatkowym oświadczeniem KOLIN;
- d) Certyfikat Doświadczenia Zawodowego;
- e) Oświadczenie dot. dokumentu referencji konsorcjum;
- f) Zaświadczenie 1 autostrada północna;
- g) Oświadczenie dot. dokumentu referencji wiadukt;
- h) Zaświadczenie 2 autostrada północna;
- i) Zaświadczenie 3 autostrada północna;
- j) Wykaz osób.

Zamawiający odtajnił takie dokumenty jak Wykaz robót czy Wykaz osób, jednak pozostała reszta dokumentów, z których miałyby wynikać faktyczne spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nie została odtajniona.

Odwołujący wskazał także, że referencje, które stanowią zdecydowaną większość zakresu utajnienia, są to dokumenty, których celem jest potwierdzenie wykonania umowy na rzecz podmiotu publicznego (lub każdego innego inwestora). Referencje potwierdzają wyłącznie należyte wykonanie zamówienia i są przeznaczone do tego by przedstawiać je innym podmiotom. Wobec tego, nie mogą być zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców, czy chociażby ich wystawców.

Zdaniem Odwołującego w stosunku do żadnego dokumentu nie wykazano, że mają one tak istotną wartość gospodarczą dla wykonawcy, że powinny zostać utajnione. Przesłanek do utajnienia nie spełnia również Świadcstwo Przejęcia, które jest wyłącznie dokumentem potwierdzającym zakończenia robót, i które potwierdzać ma ich wykonanie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Już zatem z samej definicji można wywieść, że dokument ten nie ma jakiegokolwiek waloru tajności. Dokument ten nie wskazuje na żadne elementy prowadzenia przedsiębiorstwa przez danego wykonawcę, zatem nie może mieć wartości technicznej, organizacyjnej czy gospodarczej. Dokument potwierdzający zakończenie realizacji zamówienia publicznego jest uznawany ogólnie jako dokument jawny, bowiem informacje (dokumenty) związane z realizacją zamówienia publicznego traktowane są jako informacja publiczna.

Zdaniem Odwołującego do analogicznych wniosków w zakresie wadliwości utajnienia należy także dojść przy ocenie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów takich jak zaświadczenie o ukończeniu pracy oraz certyfikat doświadczenia zawodowego. Uzasadnienie tej materii jest równie skąpe, jak uzasadnienia innych dokumentów. Wykonawca również w żadnym fragmencie uzasadnienia nie wskazał, dlaczego certyfikat doświadczenia zawodowego, czy też zaświadczenie o ukończeniu pracy miałyby podlegać utajnieniu. W żadnym fragmencie Wykonawca nie wykazuje, że poszczególne dokumenty mają walor jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Prowadzi to zdaniem Odwołującego do wniosku, że dokumenty nie mogą pozostać utajnione.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia Wykonawcy KOLIN, ani pozostałe utajnione dokumenty nie stanowią istotnej wartości gospodarczej dla Wykonawcy, a ich utajnienie ma wyłącznie na celu uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów wypełnienia wymagań Zamawiającego. Sam fakt powielenia przy każdej odpowiedzi i informacji tej samej reguły, która miałyby uzasadniać wykazywane zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa świadczy wyłącznie o tym, że w żaden sposób nie traktuje informacji zawartych w wyjaśnieniach jako indywidualne i wyznaczające określoną wartość dla całego przedsiębiorstwa. Wykonawca KOLIN sporządził uzasadnienie obszerne, jednak o charakterze ogólnikowym, powielającym się, o treści zdanej do wykorzystania w praktycznie każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w żadnym jednak niezastrzegające informacji w sposób skuteczny). Zamawiający bezrefleksyjnie zaakceptował utajnienie wyjaśnień oraz dokumentów, zupełnie nie zważając na to, że pytania, które zadał oraz dokumenty składane na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków, w zdecydowanej większości nie wymagają podawania jakichkolwiek informacji, które można by było rozsądnie uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej

tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień Wykonawcy KOLIN, czym dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że w części zarzutu nr 1 uwzględni odwołanie oraz przekazuje Odwołującemu dokumenty oraz część wyjaśnień Wykonawcy KOLIN Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem dotyczącym nieprawidłowego uznania, że informacje stanowiące wyjaśnienia treści oferty oraz dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi oraz naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności i przejrzystości postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że dokonał oceny złożonych przez Wykonawcę KOLIN Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi wyjaśnień zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i stwierdził, że Wykonawca w części składanych wyjaśnień sprostą obowiązkowi wykazania że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich element 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, czyli wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego, część złożonych wyjaśnień dotyczących objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich stron odpowiedzi wraz z załącznikami obejmuje dane dotyczące bardzo szczegółowych zagadnień związanych z realizacją zamówienia. Odpowiedzi na pytania w większości są obszerne, niejednokrotnie poparte dowodami, przedstawiają technologię i sposób organizacji procesu budowlanego w tym przedsiębiorstwie, dlatego też Zamawiający uznał, że informacje te mają wartość gospodarczą. W wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił również kalkulację ceny ofertowej oraz kosztów, jakie przewiduje ponieść podczas realizacji zadania, co niewątpliwie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał, że przedstawiony przez Wykonawcę sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji

tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, ponieważ obrazują rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny.

Zamawiający wskazał także, że Wykonawca wyjaśnił, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób. Jednocześnie wskazał, że w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa podjęto odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym, które następnie szczegółowo opisano w swoich wyjaśnieniach. W związku z powyższym Zamawiający przyjął, że jest zobowiązany do zachowania informacji w tajemnicy i że posiadają one istotną wartość gospodarczą. Z uwagi na fakt, że Wykonawca Kolin Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi wykazał, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie elementy konieczne dla ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też Zamawiający stwierdził, że nie ma prawa ujawniać odpowiedzi na zadane pytania, ponieważ tworzą one wraz z pozostałymi odpowiedziami pełny obraz działania całego przedsiębiorstwa tzw. strategię i w powiązaniu ze sobą jako całość bądź szczególne zestawienie czy zbiór, stanowią istotną wartość przedsiębiorstwa, którą zgodnie z wolą Wykonawcy należy chronić.

Zdaniem Zamawiającego, informacje te mogłyby dać konkurentom wiedzę, która umożliwiłaby im, przede wszystkim, konkurencyjne wobec Wykonawcy KOLIN Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi kształtowanie swej polityki cenowej wobec osób trzecich - potencjalnych odbiorców zamówień realizowanych przez Wykonawcę KOLIN Insaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi.

Zamawiający wskazał także, 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 Przystępujący sprostał.

#### **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 3 w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez uznanie, że informacje stanowiące wyjaśnienia treści oferty oraz dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji, ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, co

doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie zgodności oferty Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z SIWZ oraz spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu; a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że uwzględni w części zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji, ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi.

Zamawiający takie stanowisko zawarł również w piśmie procesowym i dokonał czynności odtajnienia wyżej wskazanych dokumentów oraz przekazał je Odwołującemu. Przystępujący po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia tej części zarzutu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych umorzeniu podlegało postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z ar. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej i dotyczące zdolności technicznych i zawodowych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie zgodności oferty Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z SIWZ oraz spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w trakcie posiedzenia z udziałem stron przekazał dokumenty w postaci odpowiedzi udzielonych przez Wykonawcę KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (z 16 grudnia 2020 roku, 15 stycznia 2021 roku, 10 lutego 2021 roku), które zostały złożone na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający przekazał ww. dokumenty Odwołującemu w formie częściowo jawnej, a częściowo zanonimizowanej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia:



- art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że dokumenty zawierające informacje stanowiące wyjaśnienie treści oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie zgodności oferty Wykonawcy KOLIN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z SIWZ oraz spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu; a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Tym samym powyższy zarzut podlegał rozpoznaniu na rozprawie.

Izba uznała powyższy zarzut za uzasadniony.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Naczelną zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania.

Zgodnie z artykułem 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Wobec prymatu zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przyjmuje się, że składane dokumenty i informacje są jawne. Wszelkie odstępstwa od tej podstawowej zasady w postępowaniu muszą zostać traktowane na zasadzie wyjątku,

podlegającego szczególnej kontroli w zakresie prawidłowości dokonania czynności, prowadzącej do nieujawnienia określonego dokumentu lub informacji.

Artykuł 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nawiązuje do konieczności wykazania przez wykonawcę, który obejmuje złożone informacje tajemnicą przedsiębiorstwa, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, a zatem wykonawca zobowiązany jest w takiej sytuacji jednoznacznie wykazać, że spełniona została każda z przesłanek określona w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zawarta w artykule 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tym samym za informacje lub dokumenty skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa należy rozumieć tylko takie, co do których także wykazano, że posiadają wartość gospodarczą.

Przystępujący nie wykazał, że informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą.

Przystępujący w dniach: 16 grudnia 2020 roku, 15 stycznia 2021 roku oraz 10 lutego 2021 roku, udzielił odpowiedzi na pytania zadane przez Zamawiającego. Każdą z ponad stu odpowiedzi Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do każdej z odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie, było dokładnie takie samo. Przystępujący każdorazowo stwierdził, że:

Odpowiedź na pytanie nr ... zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy: organizacyjne, technologiczne, techniczne i gospodarcze, dotyczące kwestii objętych tym pytaniem. Odpowiedź na przedmiotowe pytanie została przygotowana w oparciu o sposoby rozwiązań KOLIN, będące wynikiem oryginalnych i twórczych prac Wykonawcy i jego konsultantów, poczynionych kosztem finansowym i nakładami czasowymi, organizacyjnymi Wykonawcy. Nie ma podstaw, aby inni wykonawcy poznali te rozwiązania i mogli wykorzystać dla własnych celów owoce prac Wykonawcy, zwłaszcza że mogliby wykorzystać je na potrzeby realizacji innych przetargów realizowanych przez Zamawiającego, a także innych zadań realizowanych przez Wykonawcę, co zakłóciłoby uczciwą konkurencję. Wykonawcy mogliby również wykorzystać tę odpowiedź celem oceny zasobów KOLIN i jego planów biznesowych w innych projektach, nie tylko w Polsce, ale i zagranicą.

Tego rodzaju formuła została użyta przy każdej z odpowiedzi na pytanie zadane przez Zamawiającego, nawet w przypadku np. odpowiedzi na pytanie 79, 93, 94:

Na pytanie: „Prosimy o potwierdzenie, że w cenie oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości?”, Przystępujący

udzielił odpowiedzi: „Wykonawca potwierdza, że uwzględnił w cenie oferty wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości”.

Trudno jest przyjąć, że treść zawarta w takiej odpowiedzi Przystępującego uzasadnia objęcie tej odpowiedzi tajemnicą przedsiębiorstwa. Trudno uznać, że informacje zawarte w tej odpowiedzi są: „wynikiem oryginalnych i twórczych prac Wykonawcy i jego konsultantów, poczynionych kosztem finansowym i nakładami czasowymi, organizacyjnymi Wykonawcy”, na co wskazywała treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób odnieść wrażenia, że takie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zupełnie nie odnosi się do rzeczywistej treści, zawartej w odpowiedzi na pytanie. Podobnie jak kolejny fragment stosowanej przez Przystępującego formułki, iż inni wykonawcy „mogliby wykorzystać je na potrzeby realizacji innych przetargów realizowanych przez Zamawiającego, a także innych zadań realizowanych przez Wykonawcę, co zakłóciłoby uczciwą konkurencję”.

Wykonawca zastrzegając informację jako tajemnica przedsiębiorstwa powinien wykazać, dlaczego ta konkretna informacja ma dla niego istotne znaczenie i wartość. W niniejszym postępowaniu nie tylko nie przedstawiono żadnego przekonującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganej informacji, ale przedstawione uzasadnienie zupełnie nie znajduje odniesienia do zastrzeganych informacji. Jak powyżej wskazano, odpowiedź Przystępującego, zawierająca oświadczenie, że Przystępujący uwzględnił w cenie oferty wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości, nie ma nic wspólnego z: wynikiem oryginalnych i twórczych prac Przystępującego i jego konsultantów, poczynionych kosztem finansowym i nakładami czasowymi, organizacyjnymi Przystępującego – a na te okoliczności powołał się Przystępujący, dokonując zastrzeżenia odpowiedzi na pytanie Zamawiającego jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zostało także wykazane, w jaki sposób ujawnienie takiej informacji miałyby zagrażać pozycji Przystępującego, zakłócić uczciwą konkurencję.

Stwierdzenie Przystępującego w formule odnoszącej się do każdej z odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, że: inni wykonawcy „mogliby wykorzystać je na potrzeby realizacji innych przetargów realizowanych przez Zamawiającego, a także innych zadań realizowanych przez Wykonawcę, co zakłóciłoby uczciwą konkurencję”, ma charakter jedynie ogólny, mający na celu wywołanie u Zamawiającego obawy przed ujawnieniem informacji. Jednakże jak wskazano powyżej, obowiązkiem Przystępującego, który zastrzega określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest wykazanie twierdzeń, które legły u podstaw takiego zastrzeżenia. Skoro Przystępujący oświadczył, że ujawnienie tych informacji zagraża jego

interesom, powinien wykazać, w jaki sposób może to nastąpić. Zagrożenie, wartość gospodarcza, powinny zostać określone, sprecyzowane przez Przystępującego. Przyczyny, dla których Przystępujący zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny jednoznacznie wynikać z oświadczeń samego Przystępującego. Nie mogą one zostać pozostawione ogólnym domysłom Zamawiającego.

Twierdzenia, jak zacytowane powyżej, oraz np.: „Nie ma podstaw, aby inni wykonawcy poznali te rozwiązania i mogli wykorzystać dla własnych celów owoce prac Wykonawcy, zwłaszcza że mogliby wykorzystać je na potrzeby realizacji innych przetargów realizowanych przez Zamawiającego, a także innych zadań realizowanych przez Wykonawcę, co zakłóciłoby uczciwą konkurencję”, mogłoby zostać użyte w każdym postępowaniu, ponieważ, jak wskazano powyżej, są to twierdzenia ogólne. Tymczasem Przystępujący, który zastrzega informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej informacji zastrzeganej oraz konkretnej szkody, jaką może ponieść w przypadku jej ujawnienia. Takie informacje powinno zawierać uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czego w niniejszym postępowaniu nie zawarto. Zamawiający musi mieć pewność, a nie jedynie domyślać się, czy zakładać, że dana informacja może mieć charakter informacji mającej wartość gospodarczą.

Podobne rozważania można odnieść do przykładowo wskazanych pytań, jak: „Czy w ofercie uwzględnione zostały koszty tymczasowej organizacji ruchu i zimowego utrzymania odcinków kolidujących z inwestycją?”, „Co Wykonawca rozumie pod pojęciem osobistego wykonania?”

Treść powyżej wskazanych pytań wskazuje, że odpowiedzi na pytania dotyczyły kwestii ogólnych, związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia. Przystępujący w sposób zupełnie bezrefleksyjny dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla tych odpowiedzi. Taki sposób działania Przystępującego wskazuje jedynie na chęć zastrzeżenia przez Przystępującego wszystkich możliwych informacji, a przez to uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia, a nie odniesienie się do każdej z informacji jako mającej szczególne znaczenie. Nie taki jest jednak cel zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, gdy naczelną zasadą jest jego jawność (o czym powyżej), umożliwienie wykonawcom weryfikacji każdej czynności Zamawiającego, ofert wykonawców konkurencyjnych, celem zapewnienia przejrzystości i równej konkurencji.

Przystępujący w trakcie rozprawy stwierdził, że złożone przez niego wyjaśnienia należy oceniać jako całość, jako całość mają wartość gospodarczą. Jednak Przystępujący w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał na okoliczność, że

wyjaśnienia jako zbiór stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wskazał także, jaką wartość gospodarczą ma całość (zbiór) złożonych wyjaśnień. Przeciwnie, Przystępujący dokonał oddzielnie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej z udzielonych odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, zatem należało wyprowadzić wnioski, że każda z odpowiedzi zawiera informację, która stanowić ma tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem w odniesieniu do każdej z tych odpowiedzi Przystępujący powinien wykazać spełnienie przesłanek składających się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący nie wykazał natomiast ani wartości gospodarczej całości wyjaśnień, które (o czym poniżej) odnoszą się do dokumentacji postępowania i realizacji tego zamówienia, jak również nie wykazał wartości gospodarczej odpowiedzi na poszczególne pytania. Jak wskazano powyżej, bezrefleksyjne, mechaniczne skopiowanie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do odpowiedzi na każde z pytań, pozwala na przyjęcie twierdzenia, że informacje zawarte w odpowiedziach na poszczególne pytania nie mają wartości gospodarczej. W przeciwnym razie Przystępujący nie tylko zróżnicowałby treść zastrzeżenia, ale także nie miałby trudności w określeniu wartości gospodarczej każdej z informacji zawartych w odpowiedzi na pytanie. Przystępujący nie rozważył zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do każdej z odpowiedzi na pytanie. Bezrefleksyjne, mechaniczne skopiowanie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdza, że również dla Przystępującego zawarte w odpowiedziach na pytania informacje nie mają większego znaczenia gospodarczego.

Wątpliwa jest także kwestia zastrzeżenia informacji, które stanowią pochodną informacji z dokumentacji postępowania. Jak wynika z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicą przedsiębiorstwa mogą zostać objęte informacje, które nie są powszechnie znane w kręgu osób zajmujących się tym rodzajem informacji. W sytuacji, gdy wykonawca odpowiada na pytania Zamawiającego sprawdzające poprawność przygotowanej oferty, jej zgodność z wymaganiami dokumentacji – trudno uznać, aby informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazano powyżej, w sytuacji, gdyby jednak Przystępujący zamierzał przedstawić szczególne, objęte ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa informacje, powinien wykazać zasadność ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący w trakcie rozprawy podniósł argument, że: np. czasami detale pozwalają wypracować korzyści, co dotyczy np. zaplecza budowy – na takim elemencie można uzyskać nawet około 1 mln złotych oszczędności. Przystępujący nie zawarł jednak takiego uzasadnienia w złożonych wyjaśnieniach, dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast oświadczenie złożone na rozprawie zostało przedstawione przez Przystępującego ogólnie, jako przykład. Nie wskazano także, aby miało odniesienie do

niniejszego postępowania. Niezależnie od powyższego, informacje dotyczące zaplecza budowy trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy dotyczą one tylko tego zamówienia i stają się jawne dla wszystkich w chwili realizacji zamówienia.

Przystępujący zastrzegł także jako tajemnicę przedsiębiorstwa odpowiedź na pytanie: czy Wykonawca zamierza skorzystać z zaliczki, w jakim terminie i wysokości. Zamawiający uzasadniając zasadność skuteczności zastrzeżonych przez Przystępującego odpowiedzi na pytanie wskazał w trakcie rozprawy, że wykonawca nie musi z takiej zaliczki korzystać, a okoliczność taka przekłada się na kalkulację ceny.

Należy wskazać, że kwestia rozliczeń finansowych w zamówieniach publicznych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nie powinna być utajniona (jest to sposób wydatkowania środków publicznych). Niezależnie od powyższego, treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do odpowiedzi na powyższe pytanie powinna przedstawiać okoliczność taką, jak wskazana przez Zamawiającego – a tymczasem w uzasadnieniu nie wskazano powyższej okoliczności. Powyżej przedstawione twierdzenie Zamawiającego o wpływie zaliczki na kalkulację ceny jest zatem jego ogólną refleksją, nie popartą taką argumentacją Przystępującego (w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Nie zostało także wyjaśnione, w jaki szczególny sposób pobranie (lub nie pobranie) zaliczki miałyby przełożyć się na kalkulację ceny w przypadku Przystępującego oraz w sytuacji, gdy każdy z wykonawców może z takiego sposobu skorzystać. Takich informacji brak jest w uzasadnieniu zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do tego pytania. Co najważniejsze, nie wykazano, jaką wartość gospodarczą posiada udzielona jednozdaniowa odpowiedź Przystępującego (o braku zamiaru korzystania z zaliczki), jaki wpływ na sytuację gospodarczą, rynkową Przystępującego ma ta informacja i w jaki sposób inni wykonawcy mogliby ją wykorzystać dla własnych celów, na potrzeby innych postępowań przetargowych, w jaki sposób zostałaby zakłócona uczciwa konkurencja.

Powyższe przykłady jednoznacznie ukazują bezpodstawność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego. Wskazują na brak wykazania wartości gospodarczej przedstawianych przez Przystępującego informacji, a także na bezrefleksyjność i automatyczne działanie Przystępującego przy zastrzeganiu informacji, co potwierdza bezzasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego.

Wskazują przede wszystkim na nieprawidłową ocenę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonaną przez Zamawiającego. Zamawiający także bezrefleksyjnie uznał skuteczność zastrzeganych przez Przystępującego informacji, w sytuacji, gdy treść uzasadnienia zastrzeżenia zupełnie nie znajduje odniesienia do treści odpowiedzi na pytanie

i jest kompletnie oderwana od treści zadanego przez Zamawiającego pytania – o czym powyżej.

Co więcej, powyżej przytoczony przykład ukazuje, że Zamawiający samodzielnie tworzy argumentację dla uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem to Przystępujący każdorazowo powinien wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób niepozostawiający wątpliwości i miejsca na domysły.

Na brak wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje także działanie Zamawiającego. Zamawiający samodzielnie dokonał odtajnienia części zastrzeżonych informacji zawierających odpowiedzi na pytanie udzielone przez Przystępującego. Nie jest wiadomo, co spowodowało, że niektóre części odpowiedzi udzielonych przez Przystępującego zostały przez Zamawiającego odtajnione, a pozostałe pozostały w dalszym ciągu utajnione. Zamawiający w sposób arbitralny dokonał wyboru, które części odpowiedzi pozostawić utajnione. Tymczasem to właśnie od Przystępującego powinna pochodzić jednoznaczna informacja, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i dlaczego nią jest. Wszyscy, w tym Zamawiający, powinni mieć pewność, że określona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i że zostało to bez żadnych wątpliwości wykazane przez Przystępującego. Zamawiający swoim postępowaniem potwierdził, że Przystępujący nie wykazał skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w odpowiedziach na zadane przez Zamawiającego pytania, skoro dokonał odtajnienia tych informacji. Dokonując czynności częściowego odtajnienia tych informacji, wykazał (Zamawiający), że zupełnie nie wie, co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie miał w tym zakresie wytycznych od Przystępującego, co do zakresu częściowego odtajnienia tych informacji.

Zamawiający w trakcie rozprawy podkreślał swoje ostrożnościowe podejście do oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem Zamawiający powinien mieć pewność co do tego, że zostało bez żadnych wątpliwości wykazane, że zastrzegana informacja posiada konkretną wartość gospodarczą. Ostrożność Zamawiającego powinna zostać nakierowana na niedopuszczenie do sytuacji, w której w prowadzonym postępowaniu bezzasadnie doszło do utajnienia informacji przez wykonawców. Nieodtajnienie informacji powinno stanowić wyjątek, bowiem zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest od tej zasady wyjątkiem.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego, że Odwołujący w innych postępowaniach przetargowych o podobnym charakterze (nawet prowadzonych przez tego samego

Zamawiającego), podobnie jak Przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji o zbliżonym charakterze – tj. udzielonych odpowiedzi na pytania skierowane przez Zamawiającego.

Skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy oceniać każdorazowo w konkretnej sytuacji, w odniesieniu do konkretnej sytuacji. Być może określone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak każdorazowo zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać wykazana w sposób niepozostawiający wątpliwości.

W konsekwencji należało uznać za uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §9 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....