

Sygn. akt: KIO 185/19

WYROK
z dnia 13 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Danuta Dziubińska
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2019r. przez wykonawcę **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 - Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wieloczołowych, całkowicie niskopodłogowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 września 2018r. pod poz. 2018/ S 177-402123. Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „Pzp”

W dniu 1 lutego 2019r. Odwołujący - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. - wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na uznaniu informacji zastrzeżonych przez PESA w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zmierzających do ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa do wiadomości publicznej.

Odwołujący podniósł, że czynność Zamawiającego z dnia 22 stycznia 2019r. polegająca na uznaniu części oferty PESA zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa za niestanowiącą tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezgodna z art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”). Dotyczy to informacji zawartych w następujących dokumentach, złożonych przez Odwołującego:

1. „Wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa” na str. 34-37 oferty Odwołującego;
2. „Dane o parametrach podlegające ocenie”, w tabeli w poz. 2 (dot. długości płaskiej podłogi), poz. 3 (odległość dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju), poz. 4 (dot. nachylenia podłogi w obszarze wózków skrętnych), poz. 5 (dot. odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami i czołem tramwaju) oraz poz. 6 i 7 (dot. poziomu dźwięku);
3. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 1”,
4. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 2”,
5. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 3”,
6. „Dane o zużyciu energii”, tj. średnia wartość energii dla każdego tramwaju wskazana w punktach 1), 2) i 3) tego dokumentu

W ocenie Odwołującego informacje zawarte w ww. dokumentach spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów uznk

i Pzp, zaś Odwołujący prawidłowo zastrzegł nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał spełnienie się tych przesłanek w wyjaśnieniach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa załączonych do oferty, zgodnie z dyspozycją art. 8 ust. 3 Pzp. Podane w tej części oferty dane posiadają dla Odwołującego znaczną wartość gospodarczą. Ujawnienie przez Zamawiającego do informacji publicznej, a zatem również konkurentom Odwołującego działającym na rynku, informacji niejawnych przedsiębiorstwa Odwołującego, które podlegają ochronie, stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk oraz naraziłoby Odwołującego na poniesienie znacznej szkody z tego tytułu. Odwołujący wyjaśnił, że na dzień składania odwołania informacje, które zamierza ujawnić do wiadomości publicznej Zamawiający, nie zostały jeszcze odtajnione.

Polemizując ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 2 stycznia 2019r. odnośnie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał m.in., że zastrzeżone informacje:

- ujawniają m.in.: (i) wiedzę techniczną Odwołującego, lub organizacyjną Odwołującego, (ii) wiedzę o zastosowanych przezeń sposobach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i rozwiązaniach dotyczących ochrony danych wrażliwych, (iii) wiedzę o zastosowanych przezeń technologiach i sposobach produkcji pojazdów, (iii) autorskich rozwiązaniach technicznych zastosowanych przez Odwołującego w pojazdach, (iv) obszarach, w których Odwołujący posiada przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, (v) fakt osiągnięcia przez Odwołującego określonego poziomu rozwoju technologicznego w zakresie poszczególnych obszarów projektowania i konstrukcji pojazdów, (vi) specjalne właściwości oraz know-how odnośnie optymalnej konfiguracji pojazdów, odkryte przez Odwołującego w rezultacie prowadzonych badań;
- nie są znane konkurencji Odwołującego ani innym osobom zwykle zajmującym się tego rodzaju informacjami;
- w przypadku ich ujawnienia podmiotom trzecim, mogą zostać wykorzystane przez te podmioty tak w niniejszym, jak i w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia, dla np. przewidzenia punktacji Odwołującego w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert (a w konsekwencji sztucznego sterowania punktacją ofert przez konkurentów Odwołującego) czy oszacowania poziomu cenowego oferowanego przez Odwołującego za pojazdy, co bezsprzecznie stanowi o wartości gospodarczej tych informacji i zasadności uznania ich za objęte tajemnicą, a co zostało należycie wykazane przez Odwołującego w uzasadnieniu objęcia zastrzeżonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zaś Odwołujący podjął (i wykazał podjęcie) wszelkie niezbędne środki w celu zachowania tych informacji w poufności.

Dane wskazane z ww. dokumentach należy uznać za dane wrażliwe stanowiące przede wszystkim określone parametry techniczne w zakresie ogólnej charakterystyki pojazdu, jak również w zakresie szczegółowych rozwiązań jakie PESA przedstawiła Zamawiającemu, a także informacje organizacyjne Odwołującego o obowiązujących u niego rozwiązaniach i systemach ochrony informacji i tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie „zakwestionowanych przez Zamawiającego „Wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa” należy podkreślić, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, jakoby dokument ten zawierał jedynie *„definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, wybrane tezy z orzecznictwa i doktryny oraz ogólne informacje odnoszące się do zastrzeżonych informacji”*. Zamawiający pominął bowiem w tym zakresie fakt, że informacje wyszczególnione na str. 34-37 oferty Odwołującego (których utrzymania jako tajemnicy przedsiębiorstwa domaga się mniejszym Odwołujący) stanowią szczegółowy opis złożonego, wewnętrznego systemu zabezpieczenia fizycznego oraz prawnego wdrożonego przez Odwołującego w jego przedsiębiorstwie, który ma na celu ochronę danych wrażliwych i tajemnic przedsiębiorstwa Odwołującego. W treści wyjaśnień szczegółowo przedstawiono działanie tego systemu oraz zastosowane w ramach niego konkretne rozwiązania, technologie i narzędzia. Bez wątplenia zatem, wbrew ocenie Zamawiającego, informacje te mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa oraz stanowią wypracowaną przez Odwołującego, permanentną konfigurację procedur i sposobu zarządzania spółką, jej pracownikami, czy sprzętem.

Odwołujący wskazał także, że ukształtowanie punktacji sprawia, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po opublikowaniu przez Zamawiającego wyników badania ofert z uwzględnieniem punktacji i znając jedynie zaoferowane przez siebie wartości, będą zdolni do obliczenia w przybliżeniu zadeklarowanych przez pozostałych wykonawców parametrów m.in. odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami a czołem pojazdu, ze znaczną precyzją. Niemniej jednak wartości te nie będą dokładne, a nadto będą znane jedynie tym wykonawcom, którzy złożyli niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu. Niedochowanie przez Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego w tym zakresie skutkować będzie natomiast ujawnieniem tych informacji każdemu zainteresowanemu podmiotowi, również wykonawcom niebiorącym udziału w Postępowaniu. Podkreślić należy, że w takich okolicznościach dane na temat parametrów możliwych do osiągnięcia staną się publiczne w zakresie osiągnięć Odwołującego, podczas gdy tożsame dane nie będą znane Odwołującemu co do innych wykonawców, którzy nie złożyli ofert w tym Postępowaniu, co przy ograniczonym rynku krajowym producentów tramwajów znacznie zachwieje konkurencyjnością ofert Odwołującego i utrudni (a być może wręcz uniemożliwi) mu pozyskiwanie zamówień w kolejnych przetargach.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na dostawę tramwajów (zakończonym unieważnieniem, a którego

powtórzeniem jest przedmiotowe Postępowanie), Zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń czy wątpliwości co do zasadności zastrzeżenia przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ww. parametrów. Zamawiający nie zdecydował o odtajnieniu któregokolwiek z omawianych parametrów technicznych i danych dotyczących oferowanych pojazdów, wobec któregokolwiek z biorących udział w postępowaniu wykonawców, którzy w poprawny sposób dokonali zastrzeżenia tajemnicy.

Odwołujący, wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów Odwołującego i utrzymanie w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w zakresie opisanym w pkt. 4 odwołania;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego Odwołującego na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;
4. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup tramwajów jednokierunkowych i dwukierunkowych, wielocłonowych, całkowicie niskopodłogowych”, znak ref.:DNZ/58/2016 oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z tych akt na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania;
5. na podstawie art. 189 ust. 6 Pzp wyłączenie jawności rozprawy w całości, z uwagi na fakt, że odwołanie dotyczy czynności odtajnienia przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego; postępowanie odwoławcze będzie zatem opierać się wyłącznie o informacje, które nie mogą zostać udostępnione pozostałym uczestnikom postępowania lub osobom trzecim, zaś w przypadku zachowania jawności rozprawy, przy rozpoznawaniu odwołania może zostać ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę prawnie chronioną.

W treści odwołania, Odwołujący wskazał, że część uzasadnienia odwołania, stanowiąca załącznik nr 1 jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak do odwołania przekazanego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej taki załącznik nie został przekazany, co Izba odnotowała w protokole z rozprawy.

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

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

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

Izba ustaliła co następuje:

W dniu 22 stycznia 2019r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że po dokonaniu analizy skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że informacje zawarte w niżej wymienionych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. str. 28, 29,39, 43, 44, 46,48,50, 51, 53, 55, 57, 61 i 68 są stronami tytułowymi,
2. str. 30-38 Wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa -zawierają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, wybrane tezy z orzecznictwa i doktryny oraz ogólne informacje *odnoszące się do* zastrzeżonych informacji - informacje te nie spełniają warunków określonych w ustawie znk oraz Pzp,
3. w dokumencie „Dane o parametrach podlegające ocenie”, informacje zawarte w tabeli w: poz. 2 dot. długości płaskiej podłogi, poz. 3 dot. odległości dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju, poz. 4 dot. Nachylenia podłogi w obszarze wózków skrętnych, poz. 5 dot. Odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami i czołem tramwaju oraz poz. 6 i 7 dot. poziomu dźwięku - pomimo tego, że posiadają charakter techniczny, jednak nie ujawniają wiedzy zastosowanej technologii i sposobie produkcji, nie dotyczą zawartości *poszczególnych* składników w produkcji finalnym lub w określonej fazie przerobu, *sposobów* łączenia poszczególnych elementów w całość, ani metod technicznych związanych z już opatentowanymi procesami wyrobami, niezbędnych do praktycznego wykorzystania patentów i wdrożenia ich do produkcji; nie ujawniają także wiedzy technicznej ani specjalnych właściwości odkrytych przez producenta w rezultacie prowadzonych przez niego badań, a nie znanych konkurencji, czy osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało uznane za skuteczne w stosunku do informacji zawartych w poz. 1 dot. nacisków osi tramwaju,

4. dokument „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju dla trzech typów tramwajów” (str. 45, 47, 49) - z powodów wskazanych w pkt 3,
5. W dokumencie „Plan utrzymania tramwajów” informacje zawarte na str. 58 nad tabelą tj. dane adresowe wykonawcy oraz wartość przebiegu między obsługami – z powodów wskazanych w pkt 3. Zastrzeżenie tajemnicy w stosunku o informacji zawartych w tabeli (str. 58, 59) oraz na rysunku (str. 60) zostało uznane za skuteczne,
6. W dokumencie „Dane o zużyciu energii” informacje zawarte na str. 62 nad tabelą , tj. dane adresowe wykonawcy oraz średnia wartość energii dla każdego tramwaju, z powodów wskazanych w pkt 3. Informacje na str. 65-67 tj. instrukcja dotycząca wypełniania tego dokumentu podana w SIWZ, będąca częścią wytycznych Zamawiającego. Jednocześnie zastrzeżenie tajemnicy w stosunku do informacji zawartych w tabeli str. 62, 63 64 zostało uznane za skuteczne,
7. Dokument „Formularz Cenowy Szkoleń” (str. 69-76) ponieważ z cen jednostkowych za poszczególne moduły szkoleń (na jednakowych formularzach przygotowanych przez Zamawiającego_ nie wynikają żadne informacje dotyczące sposobu budowania ceny ani metod jej kalkulacji, nie ma tu odniesienia do marży, warunków współpracy z osobami prowadzącymi szkolenie czy sposobu wykonywania zamówienia.

W pkt 5 pisma Zamawiający poinformował także, że uznał za skuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentu „Przekrój nadwozia poprzez oś wzdłużną tramwaju (przekrój wzdłużny) dla trzech typów tramwajów” (str. 52,54,56).

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego zakwestionował decyzję z dnia 22 stycznia 2019r. jedynie co do części informacji, zawartych w następujących dokumentach:

1. „Wyjaśnienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa” na str. 34-37 oferty Odwołującego,
2. „Dane o parametrach podlegające ocenie”, w tabeli w poz. 2 (dot. długości płaskiej podłogi), poz. 3 (odległość dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju), poz. 4 (dot. nachylenia podłogi w obszarze wózków skrętnych), poz. 5 (dot. odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami i czołem tramwaju) oraz poz. 6 i 7 (dot. poziomu dźwięku),
3. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 1”,
4. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 2”,
5. „Zestawienie drzwi dwustrumieniowych tramwaju z podaniem dla każdego z nich odległości dolnej krawędzi otworu drzwiowego od osi wzdłużnej tramwaju typu 3”,

6. „Dane o zużyciu energii”, tj. średnia wartość energii dla każdego tramwaju wskazana w punktach 1), 2) i 3) tego dokumentu.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Zwrócić należy uwagę, że ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega. Istotne jest także to, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału i nie może ono budzić żadnych wątpliwości. Z tych też względów, Izba oceniając skuteczność poczynionego zastrzeżenia bierze pod uwagę przedstawioną nie później niż w terminie składania ofert treść uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji.

Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. Dz.U. 2018r, poz. 419 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem 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.

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, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. 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”.

Informacja organizacyjna to taka, która ma pewną wartość ekonomiczną, dotyczy organizacji przedsiębiorstwa i jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może prowadzić do poniesienia strat lub zwiększenia zysków.

W złożonych Zamawiającemu wraz z ofertą wyjaśnieniach, uzasadniających poczynione zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak, zdaniem Izby, skutecznego wykazania, że dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w dokumentach wymienionych wyżej w pkt 1-6 mają wartość gospodarczą, techniczną czy technologiczną.

Odnosnie „Wyjaśnień dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa”, zawartych na str. 34-37, Izba uznała, że informacje te nie zawierają żadnych danych poufnych i o wartości handlowej, nie są też informacją techniczną, technologiczną i organizacyjną czy gospodarczą przedsiębiorstwa. Treść danych na str. 34-37 stanowi wyłącznie informację o sposobie i zakresie przyjętych u wykonawcy PESA rozwiązań organizacyjnych dotyczących ograniczenia dostępu do pewnych informacji, stosowanego systemu zabezpieczenia fizycznego i prawnego, systemu zarządzania. Zwrócić należy uwagę, że informacje podane przez wykonawcę sprowadzają się jedynie do wymienienia wdrożonych systemów i ograniczeń i nie podają żadnych szczegółowych danych co do sposobu ich funkcjonowania czy działania. Informacje te są na tyle ogólne (hasłowe), że trudno uznać, iż wiedza o nich mogłaby narazić wykonawcę na jakiegokolwiek ryzyko poniesienia strat. W ocenie Izby, podobne kroki i działania w celu zachowania danych w poufności, wprowadzenie zintegrowanego systemu zarządzania, systemu monitorowania pracy komputerów, ograniczenie dostępu do komputerów przenośnych czy przestrzeni sieciowej itp. są z całą pewnością stosowane powszechnie także u innych podmiotów i nie są one żadnymi innowacyjnymi, wyjątkowymi rozwiązaniami organizacyjnymi, które mogłyby podlegać ochronie.

Odnosnie „Danych o parametrach podlegających ocenie” w tabeli w poz. 2 (dot. długości płaskiej podłogi), poz. 3 (odległość dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju), poz. 4 (dot. nachylenia podłogi w obszarze wózków skrętnych), poz. 5 (dot. odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami i czołem tramwaju) oraz poz. 6 i 7 (dot.

poziomu dźwięku), Izba zwraca uwagę na fakt, że zgodnie z zasadą jawności obowiązującą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Izba zauważa także, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające.

Zwrócić należy także uwagę, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do informacji, które zostaną ujawnione na późniejszym etapie udzielenia zamówienia np. po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej czy w chwili podpisania umowy. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do jej wyboru czy podpisania umowy (tak np. wyrok z dnia 8 czerwca 2016 r., KIO 879/16).

Powołując się na powyższe, Izba wskazuje, że informacje dotyczące parametrów ocenianych przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jak: długość płaskiej podłogi, odległość dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju, nachylenie podłogi w obszarze wózków skrętnych, odległość pomiędzy pierwszymi drzwiami a czołem tramwaju czy poziom hałasu są parametrami, które wykonawca konkurencyjny może z łatwością wyliczyć, stosując opisane przez Zamawiającego wzorem matematycznym kryteria oceny ofert. Okoliczność tę przyznał sam Odwołujący w treści odwołania, wskazując m.in., iż „określone przez Zamawiającego ukształtowanie punktacji sprawia, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po opublikowaniu punktacji i znając jedynie zaoferowane przez siebie wartości, będą zdolni do obliczenia w przybliżeniu zadeklarowanych przez pozostałych wykonawców parametrów m.in. odległości pomiędzy pierwszymi drzwiami a czołem pojazdu, ze znaczną precyzją”. Z dalszej treści odwołania wynika, że Odwołujący dopuszcza iż dane, będące wynikiem uzyskanej punktacji będą dostępne wykonawcom, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu, stwierdzając jednocześnie, że niedochowanie tajemnicy skutkować będzie ujawnieniem tych informacji każdemu, również wykonawcom nie biorącym udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać trzeba, że poprzez samo ujawnienie punktacji przyznanej ofertom wyłącznie, jak zdaje się dopuszczać Odwołujący, wykonawcom biorącym udział w tym postępowaniu, informacja ta traci walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z ustaleń Izby wynika, że w przypadku kwestionowanych przez Odwołującego „Danych o parametrach podlegających ocenie” mogą być one w łatwy sposób wyliczone w oparciu o konkretne kryteria opisane wzorem, zaś w przypadku kryteriów ocenianych jako pewne

przedziały, można z łatwością ustalić w jakim przedziale znajduje się dany wykonawca, którego oferta podlegała ocenie..

W toku postępowania odwoławczego Odwołujący twierdził, że w oparciu o zestawienie danych podlegających ocenie, wskazanych w tabeli „Dane o parametrach technicznych” inni wykonawcy mogą uzyskać wiedzę na temat *know - how* czy zastosowanych rozwiązaniach technologicznych przez wykonawcę PESA. Podkreślić należy jednak, że twierdzenie Odwołującego w tym zakresie pozostało bez żadnego dowodu, nie zapominając jednocześnie o tym, że okoliczność ta winna być wykazana już w złożonym Zamawiającemu uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby, żaden z parametrów, co do których Zamawiający podjął decyzję o ich odtajnieniu, jak również zestawienie tych parametrów nie dają wykonawcom konkurencyjnym pełnej wiedzy na temat konkretnych zastosowanych rozwiązań technicznych czy technologicznych i przyjętego *know-how*. Zauważyć też trzeba, że z uwagi na wymagania Zamawiającego, każdy z wykonawców biorących udział w tym postępowaniu o zamówienie publiczne musiał zaproponować jakieś rozwiązanie prototypowe, innowacyjne.

Dane dotyczące parametrów takich jak: długość płaskiej podłogi, odległość dolnej krawędzi otworu drzwi dwustrumieniowych od osi wzdłużnej tramwaju, nachylenie podłogi w obszarze wózków skrętnych, odległość pomiędzy pierwszymi drzwiami a czołem tramwaju czy poziom hałasu są parametrami, które stanowią jedynie wynik obliczeń i przyjętych innowacyjnych rozwiązań, jednak nie dają one wiedzy na temat sposobu dokonania tych obliczeń, użytych podzespołów czy przyjętego konkretnego rozwiązania konstrukcyjnego.

Oдноśnie zestawienia drzwi dwustrumieniowych dla 3 typów tramwajów (str. 45, 47, 49 oferty Odwołującego), w ocenie Izby rysunki na tych stronach mają charakter ogólny, poglądowy i potwierdzają jedynie spełnienie wymagania Zamawiającego co do posiadania 5 szt. drzwi dwustrumieniowych. Rysunki nie określają żadnych szczegółowych rozwiązań technicznych, w tym zastosowanych rozwiązań czy rozmieszczenia elementów wewnątrz tramwaju.

Oдноśnie „Danych o zużyciu energii” (strona 62 oferty Odwołującego), Izba uznała, że choć „średnia wartość zużycia energii” posiada niewątpliwie charakter techniczny, jednak informacja ta nie może być skutecznie chroniona jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 *uznk*, gdyż jest ona jedynie wartością wynikową, którą oblicza się mając na uwadze zbiór wielu zmiennych m.in konstrukcji pojazdu, jego gabarytów, rodzaj zasobnik czy trasy przejazdu itp. Bez wymienionych danych nie sposób obliczyć średniej wartości poboru energii z sieci trakcyjnej. Z tych względów sama informacja dotycząca wyniku działań, będąca średnią wartością zużycia energii nie ujawnia jeszcze danych o zastosowanych technologiach czy konstrukcji pojazdu czy też rodzaju zasobnika.

Zauważyć też trzeba, że Zamawiający zamierza ujawnić jedynie informacje o średnich wartościach poboru energii, pozostawiając nadal jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje o wartościach poboru energii dla poszczególnych odcinków, wskazanych w dokumencie „Dane o zużyciu energii”. Ujawnione dane o średnim zużyciu są jedynie wyliczeniem średniej z konkretnych danych o zużyciu 3 typów tramwajów, które pozostają nadal prawnie chronione. W tym zakresie należy przywołać także orzeczenie Sądu Okręgowego z dnia 15.06.2018r. Sygn. akt XXIII Ga 95/18, w którym sąd uznał, że informacje dotyczące m.in. wartości zużycia energii, masa pojazdu, system utrzymania pojazdu, rodzaj sprzężarki, mimo iż są to informacje techniczne i technologiczne to nie mają charakteru swoistego *know-how*. Sąd wskazał, że „z samej zaś wartości zużycia energii nie można wysnuć wniosku o możliwości poznania sposobu produkcji i zastosowanej technologii, aby daną wartość uzyskać.”.

W toku postępowania odwoławczego potwierdziło się, iż uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zastosowane jedynie do gry konkurencyjnej wykonawców a nie jako prawo wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa ściśle w granicach definicji zawartej w art. 11 ust. 2 uznk.

W podsumowaniu, Izba doszła do przekonania, że zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 i 4 uznk polegający na uznaniu części oferty Odwołującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa za niestanowiącą tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdził się.

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. 3 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. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....