

Sygn. akt: KIO 201/23

WYROK
z dnia 7 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): **Maxto Technology Sp. z o.o., MAXTO Sp. z o.o. S.K.A.** (ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.** (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): **Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o.** (Lider- ul. Postępu 18a, 02-676 Warszawa);

Aldesa Construcciones S.A. (Partner - c/Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania); **AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES S.A.** (ACISA) (Partner) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): **Maxto Technology Sp. z o.o., MAXTO Sp. z o.o. S.K.A.** (ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka) i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 stycznia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): Maxto Technology Sp. z o.o., MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Zaprojektowanie, dostawę i instalację elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacjach i przystankach osobowych w obszarze Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA”. Nr sprawy: IREZA3.292.10.2022.a. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE pod nr 2022/S 174-493779 w dniu 9.09.2022r.

Odwołujący wskazał, że wnosi odwołanie od:

- czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na odtajnieniu wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 14.12.2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Zarzucił Zamawiającemu, że prowadząc przedmiotowe Postępowanie naruszył następujące przepisy:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2022, poz. 1233 ze zm.) dalej „ustawa znk” poprzez bezpodstawne odtajnienie wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 14.12.2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, pomimo, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk, zaś Konsorcjum Maxto wraz z przekazaniem tych informacji/dokumentów, zastrzegło, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 14.12.2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Wskazał: „W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta wynika z faktu, że czynność Zamawiającego jest wadliwa, zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś ich odtajnienie może wyrządzić Odwołującemu szkodę. Analiza zakończonych projektów o podobnym rodzaju do przedmiotu zamówienia, w szczególności analiza kosztów poniesionych w związku z wykonanymi podobnymi pracami, pozwoliła Odwołującemu na przeprowadzenie ich optymalizacji i określenia rzeczywistego kosztu ich wykonania (m.in. uwzględniając koszty materiałów, personelu i jego wydajności). W tym względzie zarówno doświadczenie wykazywane w przedmiotowym postępowaniu, ale również szereg kilkudziesięciu innych prowadzonych realizacji miało wpływ na precyzyjne określenie i oszacowanie kosztu kolejnego przewidzianego do realizacji w ramach przedmiotowego postępowania zamówienia – w tym względzie wykonawca czerpie wiedzę i know-how na podstawie dotychczasowego doświadczenia, co ogranicza do niezbędnego minimum tworzenie narzutów, które wynikałyby z niewiedzy czy braku bogatego doświadczenia jakim dysponuje Konsorcjum Maxto. W wyjaśnieniach ceny przekazano wiele informacji wskazujących na sposób organizacji pracy przez Odwołującego. Konkurencyjny wykonawca mógłby uzyskać wiedzę na temat kształtowania relacji kosztów usług do przychodu, stosowanych stawek, innymi słowy do wypracowanej przez lata strategii kształtowania oferty na rynku, co bez wątplenia można zaliczyć do tzw. know-how wykonawcy. Sposób wyceny i szacowanie tego rodzaju usług jest możliwe dzięki wiedzy i doświadczeniu Konsorcjum Maxto i stanowi o jego pozycji na rynku, a jej ujawnianie osobom trzecim spowoduje wykorzystanie tej wiedzy przeciw Odwołującemu. Należy zauważyć, że dzięki wskazanym powyżej czynnikom Wykonawca jest w stanie oferować korzystne cenowo rozwiązania, co daje mu przewagę. Ujawnienie zastrzeżonych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową z uwagi na możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego własnego podejścia do kalkulacji ofert z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu działania Wykonawcy co utrudniłoby wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości. Tekst wyjaśnień jest skondensowany i istotne informacje o strategii firmy obrazujące jej działalność na rynku pojawiają się w różnych jego częściach, przez co nie jest możliwe ujawnienie fragmentu wyjaśnień bez zdradzania treści poufnych. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę wskutek odtajnienia zastrzeżonych informacji, wyrażającej się przede wszystkim w utracie części rynku”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

1. Zamawiający pismem z dn. 28.11.2022r. wezwał Konsorcjum Maxto do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. W dniu 14.12.2022r. złożył przedmiotowe wyjaśnienia. Zamawiający w dniu 11.01.2023r. poinformował Odwołującego o dokonaniu przez Zamawiającego czynności polegającej na odtajnieniu wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 14.12.2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny (dalej: „Czynność odtajnienia”). Decyzja ta w ocenie Konsorcjum Maxto jest bezpodstawna.

2. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień ceny złożonych przez Konsorcjum Maxto w dniu 14.12.2022r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa (dalej: „Zastrzeżenie tajemnicy”) jest bardzo szczegółowe i w sposób wyczerpujący przedstawia spełnienie każdej z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy znk. Warto zauważyć, że Zamawiający nie podnosi żadnej argumentacji w kierunku wywodzenia, że dokonane Zastrzeżenie tajemnicy jest ogólne. Analiza Zastrzeżenia tajemnicy wskazuje, że jest dokładnie odwrotnie - jest ono bardzo rozbudowane. Samo Zastrzeżenie tajemnicy odnosi się do każdej z przesłanek, wykazując, że zostały one spełnione. Jakkolwiek ocena tego typu zastrzeżeń zawsze zawiera element subiektywizmu, to Odwołujący jako uczestnik systemu zamówień publicznych uważa, że dokonane przez niego Zastrzeżenie tajemnicy zdecydowanie zasługuje na pozytywną ocenę.

3. Powyższe spostrzeżenie jest o tyle istotne, że Zamawiający cytuje wyrok KIO (...) 565/18: „jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią (...). Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”. Tezy wyrażone w tym wyroku, jakkolwiek słuszne, to nie znajdują odzwierciedlenia w niniejszym stanie faktycznym, a sam Zamawiający nie odwołuje się do treści Zastrzeżenia tajemnicy i nie wykazuje, że jest ono w jakimkolwiek elemencie ogólne czy lakoniczne.

4. Zastrzeżenie tajemnicy zostało oparte na uzasadnieniu zawartym na 8,5 str., gdzie opisano szereg argumentów wykazujących jego zasadność i skuteczność. Argumenty te absolutnie nie ograniczają się jedynie do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz idą zdecydowanie dalej, co explicite wynika z jego treści. Dlatego też tezy zawarte w kolejnym wyroku cytowanym przez Zamawiającego przemawiają za słusznością dokonanego zastrzeżenia: „użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie «wykazania», nie oznacza wyłącznie «oświadczenia», czy «deklarowania», ale stanowi znacznie silniejszy wymóg «udowodnienia». Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do

przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki (wyrok KIO 715/21)". Nie ulega wątpliwości, że uzasadnienie poczynione przez Odwołującego nie może być kwalifikowane jako takie, jak opisane w cytowanym wyroku, bo nie jest ani ogólne, ani nie ogranicza się do przytoczenia elementów definicji.

5. Zamawiający nie zakwestionował, że zastrzeżone przez Konsorcjum Maxto informacje, to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Uzasadnienie Czynności odtajnienia w ogóle nie referuje w tym kierunku. Nie ma zatem wątpliwości, że Zamawiający nie zanegował takiego charakteru przedstawionych informacji w wyjaśnieniach ceny, a przynajmniej nie zanegował go w sposób skuteczny. Zamawiający cytuje bowiem wyroki odnoszące się do ogólnikowości wyjaśnień, ale nie przedstawia żadnej własnej argumentacji, ani też nie odnosi się do treści uzasadnienia, nie poddaje analizie, aby wykazać, że jest ono ogólne, za mało szczegółowe. W Zastrzeżeniu tajemnicy na str. 4 - 9 Odwołujący zawarł szereg argumentów, aby przedstawić i wykazać charakter zastrzeżonych informacji. Do tych argumentów Zamawiający się nie odniósł, nie podjął z nimi polemiki. Dla przykładu Odwołujący pozwolił sobie zacytować fragment, który wskazuje na niezwykłą istotność zastrzeganych informacji: „Wskazane dane zawierają „DNA” prowadzenia działalności Wykonawcy w przedmiotowym segmencie rynku. Na podstawie tych informacji inni wykonawcy poznaliby m.in.:

1) wysokość poszczególnych kosztów prowadzenia działalności Wykonawcy, kosztów składających się na wycenę poszczególnych usług, osiągnany zysk, co dałoby im możliwość prognozowania cen Wykonawcy w innych postępowaniach. Wykonawcy Ci poznaliby możliwości „graniczne” Wykonawcy w kalkulacji ceny, co ma istotne znaczenie, ponieważ taki podmiot mógłby je wykorzystać w nieuczciwy sposób, np. oferując cenę za usługi poniżej kosztów jej wytworzenia przez Konsorcjum, aby mieć pewność pozyskania zamówienia, na pozyskaniu którego mu zależy

- ze szkodą dla Wykonawcy w postaci utraty zysku,

2) wysokość poszczególnych kosztów prowadzenia działalności Wykonawcy, w tym kosztów o stałym charakterze, kosztów składających się na wycenę poszczególnych usług, osiągnany zysk, co dałoby możliwość konkurencyjnym wykonawcom porównania ich ze swoimi kosztami i podjęcia na tej podstawie działań w celu ich zmniejszenia u siebie, co z kolei zwiększy szanse

tych podmiotów na pozyskanie zamówień kosztem Konsorcjum,

3) podjęte przez Konsorcjum działania optymalizacyjne, które dają możliwość zaoszczędzenia kosztów. Wiedza na ich temat może stanowić podstawę do podjęcia takich samych działań optymalizacyjnych u konkurencyjnych wykonawców przez co staną się bardziej konkurencyjni i ich zdolność pozyskiwania zamówień wzrośnie,

4) know-how Wykonawcy, które stanowi efekt jego wieloletniej praktyki, które może zostać zaimplementowane przez konkurencyjnych wykonawców w celu usprawnienia procesu realizacji zamówień, zaoszczędzenia kosztów itd.,

5) zastosowanych rozwiązań technicznych, które dają możliwość znacznego usprawnienia realizacji usług, ograniczenia ich kosztów,

6) kontaktów handlowych Konsorcjum i korzystnych cen po których Wykonawca nabywa usługi od swoich kontrahentów.

Pozyskanie tych informacji stanowi również klucz do odkodowania, w połączeniu z cenami oferowanymi przez Konsorcjum w innych postępowaniach na przestrzeni ostatnich kilku lat, stosowanej strategii cenowej. W związku z tym, że wyjaśnienia są bardzo szczegółowe i ukazują szereg zależności w kalkulacji ceny, dają one możliwość zrozumienia szczegółów stosowanej metodologii. Wyjaśnienia ukazują również szereg kosztów, które mają charakter stały – kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa.

Podsumowując, poznanie tych informacji przez innego przedsiębiorcę niewątpliwie zapewni mu znaczną przewagę konkurencyjną w innych postępowaniach, zaoszczędzi wydatków lub zwiększy jego zysk poprzez implementowanie do własnego przedsiębiorstwa działań optymalizacyjnych wypracowanych przez Wykonawcę, a tym samym narazi Wykonawcę na straty finansowe. W konsekwencji świadczy także o wartości gospodarczej tych informacji. Inni wykonawcy bez żadnego wysiłku i nakładu pozyskaliby szczegółowy wzorzec kalkulacji ceny jednego z wiodących wykonawców na rynku do którego należy niniejsze zamówienie. Taki wzorzec stanowiłby niewątpliwie podstawę do weryfikacji własnej metodologii wyceny tego rodzaju zamówień i wzbogacenia jej/zmiany w sposób korzystny dla konkurencyjnego wykonawcy ze szkodą dla Konsorcjum. Każdy wykonawca, który chciałby zakupić usługę weryfikacji swojej metodologii wyceny usług musiałby także ponieść jej znaczny koszt, o ile w ogóle by znalazł podmiot zdolny wykonać taką ekspertyzę, bowiem rynek na którym działa Wykonawca jest dosyć wąską branżą. Tym bardziej taka wiedza ma bardzo istotne znaczenie.”.

6. Tym samym Odwołujący wykazał, że ziszcila się przesłanka opisana w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1965 r. o dostawie publicznej, a zastrzegane informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

7. Zamawiający wskazuje także, że „zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO nieprawidłową jest praktyka zastrzegania przez wykonawców całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane winny być zastrzegane (tak KIO w wyroku 242/17, i KIO 2063/18)”. Trzeba w tym kontekście zauważyć, że Zamawiający nie przedstawił żadnej

argumentacji w kierunku wykazania, że Odwołujący winien był zastrzec jedynie część informacji, które zostały objęte Zastrzeżeniem tajemnicy, zaś zastrzeżenie części z nich było bezpodstawne. Stanowisko Zamawiającego nie jest w tym zakresie jasne, Odwołujący po lekturze uzasadnienia Czynności odtajnienia nie jest w stanie ustalić, które informacje w ocenie Zamawiającego mogły by być ewentualnie utajnione, a które nie. Brakuje w tym zakresie uzasadnienia postawionej tezy – o ile w ogóle intencją Zamawiającego było stawianie takiej tezy.

8. Zamawiający nie kwestionuje, że zastrzeżone informacje 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. Odwołujący także i w tym zakresie przedstawił stosowne uzasadnienie w Zastrzeżeniu tajemnicy (str. 9). Jak słusznie zauważa sam Zamawiający nie można oczekiwać od Odwołującego dowodu negatywnego na tę okoliczność.

9. W zakresie trzeciej przesłanki określonej w art. 11 ust. 2 ustawy znk – uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności, w uzasadnieniu czynności odtajnienia przede wszystkim brakuje jakiegokolwiek odniesienia się przez Zamawiającego do zawartego w Zastrzeżeniu informacji choćby opisu technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wdrożonych u Wykonawcy przez podmioty przetwarzające („PP”) (w tym wszelkie stosowne certyfikaty) w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, z uwzględnieniem charakteru, zakresu, kontekstu i celu przetwarzania, a także ryzyka naruszenia praw i wolności osób fizycznych. Zamawiający w ogóle pominął ten opis, choć składa się on z 21 elementów szeroko opisujących środki zapewnienia bezpieczeństwa informacji. Już choćby z tego powodu decyzja Zamawiającego obarczona jest błędem, bowiem Zamawiający zignorował istotny element dokonanego zastrzeżenia.

10. Przedstawiony opis niewątpliwie może być kwalifikowany także jako dowód na podjęcie działań w celu utrzymania informacji w poufności. Poniżej fragment dokonanego zastrzeżenia (str. 9 – 11): *„Opis technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wdrożonych u Wykonawcy przez podmioty przetwarzające („PP”) (w tym wszelkie stosowne certyfikaty) w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, z uwzględnieniem charakteru, zakresu, kontekstu i celu przetwarzania, a także ryzyka naruszenia praw i wolności osób fizycznych:*

1) PP wdrożył dokumenty: Polityka Ochrony Danych i Instrukcja zarządzania systemem IT. Każdy użytkownik systemu ma obowiązek zapoznania się z tymi dokumentami i przestrzegania procedur bezpieczeństwa,

2) pracownikom (użytkownikom) wydawane są pisemne upoważnienia do przetwarzania DO,

3) użytkownicy szkoleni są z przepisów RODO. Szkolenia prowadzone są przez IOD. Użytkownicy podpisują oświadczenie z uczestnictwa w szkoleniu. Zakres szkolenia:

- zasady ochrony danych osobowych, ujęte w Politykę Bezpieczeństwa DO i Instrukcji Zarządzania Systemem Informatycznym,
- odpowiedzialność karna, dyscyplinarna i służbowa z zakresu naruszenia procedur, dotyczących ochrony danych osobowych, a w szczególności za ich nieuprawnione ujawnienie,
- zasady przetwarzania DO, ich zgodności z prawem i obowiązku informacyjnego, kategorie DO,
- prawa osób, których dane dotyczą,
- zasad zgłaszania incydentów,
- stosowanych środków techniczno-organizacyjnych,
- obowiązujące akty prawne,

4) pomieszczenia Administratora Danych Osobowych, w których przetwarzane są dane osobowe tworzą tzw. obszar przetwarzania danych, podzielone na strefy ograniczonego dostępu i zabezpieczone przed dostępem osób nieupoważnionych za pomocą kontrolą dostępu oraz systemem sygnalizacji włamania i napadu,

5) pomieszczenia Administratora Danych Osobowych, w których przetwarzane są dane osobowe ze względów bezpieczeństwa są zamykane na klucz także w godzinach pracy, bądź zabezpieczone w inny sposób np. poprzez system kontroli dostępu jeśli pomieszczenie opuści ostatni pracownik upoważniony do przetwarzania danych osobowych,

6) przebywanie osób nieupoważnionych w pomieszczeniach tworzących obszar przetwarzania danych osobowych dopuszczalne jest jedynie za zgodą Inspektora lub w obecności osoby upoważnionej do przetwarzania danych,

7) sprzątanie pomieszczeń, gdzie przetwarzane są dane osobowe odbywa się wyłącznie w godzinach pracy,

8) monitory ekranowe są usytuowane w sposób uniemożliwiający odczyt danych przez osoby nieupoważnione,

9) Administrator Systemu Informatycznego przyznaje użytkownikom uprawnienia w zakresie dostępu do systemu IT na podstawie pisemnego upoważnienia (wniosku) określającego zakres uprawnień pracownika. Rejestracja użytkownika, polega na nadaniu unikalnego identyfikatora i przydzieleniu hasła, wprowadzeniu tych danych do bazy użytkowników systemu,

10) przy przetwarzaniu danych osobowych w systemach teleinformatycznych użytkownik systemu stosuje wygaszacz ekranu, z koniecznością wprowadzania indywidualnego identyfikatora i hasła zarówno przy uruchamianiu urządzenia informatycznego jak i przy wznawianiu jego pracy,

11) minimalna długość hasła wynosi 8 (osiem) znaków, musi spełniać trzy z czterech kryteriów:

małe litery, wielkie litery, cyfry, znaki specjalne. Pamiętane są cztery ostatnie hasła. Podczas zmiany hasła nie może ono być takie samo jak pamiętane,

12) użytkownik ma obowiązek zamykania systemu lub programu po zakończeniu pracy. Stanowisko komputerowe nie może pozostawać bez kontroli pracującego na nim użytkownika. Dopuszczalne jest opuszczenie stanowiska pracy dopiero po aktywowaniu się wygaszacza ekranu lub innej formy zablokowania dostępu do systemu przez osoby nieuprawnione,

13) zabronione jest zapisywanie haseł dostępu na papierze i umieszczanie w widocznym miejscu. Utrwalenia hasła możliwe jest wyłącznie przy zachowaniu bezwzględnych zasad ostrożności i poufności,

14) urządzenia sieciowe wchodzące w skład systemu informatycznego podłączone są do odrębnego obwodu elektrycznego, dedykowanego dla sprzętu komputerowego oraz stosowane są zasilacze UPS,

15) sieć lokalna Administratora Danych Osobowych chroniona jest przed zagrożeniami z sieci publicznej poprzez firewall, który ma za zadanie uwierzytelnianie źródła przychodzących pakietów oraz filtrowanie ich w oparciu o adres IP, numer portu i inne parametry. Zapora sieciowa składa się z bezpiecznego systemu operacyjnego i filtra pakietów. Ruch pakietów, który firewall przepuszcza jest określony przez administratora systemu informatycznego,

16) serwer pocztowy Administratora Danych Osobowych chroniony jest przez skaner antywirusowy i filtr antyspamowy które sprawdzają każdą wiadomość mailową wychodzącą i przychodzącą do niego,

17) dostęp do systemu informatycznego jest chroniony przez autoryzację domenową użytkownika,

18) system informatyczny pozwala zdefiniować odpowiednie prawa dostępu do zasobów informatycznych systemu,

19) na wszystkich stacjach roboczych zainstalowano oprogramowanie antywirusowe z cyklicznie aktualizowaną bazą wykrywanych wirusów, sprawdzające w trybie rzeczywistym wszystkie przychodzące i wychodzące dane,

20) kopie bezpieczeństwa (kopie zapasowe) zbiorów danych osobowych wykonywane są regularnie nie rzadziej niż każdego dnia roboczego. Za systematyczne przygotowywanie kopii bezpieczeństwa zbiorów danych osobowych odpowiada Administrator Systemu Informatycznego,

Wypisy ze zbiorów danych osobowych w przypadku konieczności przesłania pocztą elektroniczną bądź w przypadku przetwarzania na zewnętrznych nośnikach muszą być

uprzednio zaszyfrowane (np. 7-zip z hasłem). Obowiązuje zakaz wnoszenia na jakichkolwiek nośnikach całych zbiorów danych oraz obszernych z nich wypisów, nawet w postaci zaszyfrowanej”.

11. Zamawiający w uzasadnieniu Czynności odtajnienia nie odniósł się do przedstawionego opisu, który abstrahując od pozostałej treści uzasadnienia Zastrzeżenia tajemnicy, sam w sobie stanowi dowód na podjęcie szeregu działań w celu zachowania poufności informacji. Po lekturze treści uzasadnienia Czynności odtajnienia nie wiadomo jednak dlaczego Zamawiający uznał go za niewystarczający.

12. Zamawiający podnosi, że Odwołujący powołuje się na zawarcie umów o poufności z kontrahentami, ale nie przedstawił dowodów na podjęcie takich działań. Stanowisko Zamawiającego jest nadmierne, bowiem nie ma podstaw do żądania dowodu na każdą okoliczność powoływaną w treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp stanowi o „wykazaniu” a nie o „udowodnianiu” a stanowisko Zamawiającego prowadzi de facto do nadania temu przepisowi innej, zdecydowanie bardziej restrykcyjnej treści, niż jest ona w rzeczywistości. Jeśli Zamawiający oczekiwał, że każda okoliczność powoływana w takim uzasadnieniu powinna być dowodzona, to winien był swoje oczekiwanie precyzyjnie wyrazić w treści dokumentacji przetargowej. Tymczasem treść pkt 14.15.6 SWZ wskazuje, że stanowisko i oczekiwania Zamawiającego były zgoła odmienne, a dopiero w uzasadnieniu Czynności odtajnienia Zamawiający radykalizował swoje stanowisko, wbrew treści SWZ i treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z pkt 14.15.6 SWZ: „Uzasadnienie podstawy zastrzeżenia informacji musi odpowiadać na następujące pytania:

1. Czy zastrzeżone informacje 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?

2. Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach?

3. Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje?

4. Jakie niezbędne działania - przy zachowaniu należytej staranności - zostały przez Wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami?”.

13. W kontekście powyższych rozważań warto wskazać na wyrok KIO 3710/21): „Nie można utożsamiać "wykazania" z "udowodnieniem", zwłaszcza w sytuacji, gdy p.z.p. zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowodniania określonych okoliczności. "Wykazanie" jest pojęciem szerszym od "udowodnienia", jednak wykazanie polega na wiarygodnym przedstawieniu okoliczności uzasadniających określone stanowisko, które dla potwierdzenia jego zasadności powinno opierać się o weryfikowalne założenia, które najczęściej znajdują oparcie w załączonych

dokumentach. W związku z tym z jednej strony w zdecydowanej większości przypadków przy wykazywaniu zasadności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób uciec od dokumentów, które mają potwierdzić prawidłowość takowego uzasadnienia, z drugiej natomiast strony dokumenty czy też dowody nie są konieczne dla wykazania każdej okoliczności przywołanej w uzasadnieniu zastrzeżenia. W związku z tym ocena prawidłowości skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zależy od indywidualnego stanu danej sprawy i powinna uwzględniać przede wszystkim charakter i rodzaj zastrzeganych informacji, adekwatność uzasadnienia zastrzeżenia oraz podane przez zastrzegającego środki służące weryfikacji argumentów zawartych w tym uzasadnieniu". Podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2781/20): „Przepis nie nakłada na wykonawcę obowiązku udowodnienia każdej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W myśl tego stanowiska wykonawca nie musi przedstawiać dowodów. Zamawiający nie może zaś wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji za ich brak” oraz w wyroku KIO 158/21): „Wykonawca, jeżeli uzna to za konieczne, powoła się na określone dowody bądź je załączy do uzasadnienia. Powinny one potwierdzić zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji z oferty. Nie można jednak nałożyć na wykonawców obowiązku składania dowodów okoliczności, jakie powołują w treści zastrzeżenia. Pozostawiono w tym zakresie pełną swobodę wykonawcy, oczywiście z jego odpowiedzialnością w zakresie skutków takiego działania”.

14. W świetle cytowanych wymagań Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno zawierać odpowiedzi na cztery pytania. Przedmiotowy wymóg wyraźnie zatem referuje do konieczności udzielenia odpowiedzi na pytania, ale nie nakłada konieczności złożenia dowodów i to na każdą podnoszoną okoliczność, jak chciałby Zamawiający. Stanowisko Zamawiającego stanowi zatem nieuprawnioną próbę zmiany pkt 14.15.6 SWZ, którego treść jest przecież zgodna z cytowanymi powyżej orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej.

15. Niezależnie od powyższego Zamawiający pominął, że w części załączonych do wyjaśnień dowodów (dowód nr 5, 7, 9.1 -9.2, 18.1) jest mowa o poufności informacji zawartych w tych dowodach, co tylko potwierdza zawarcie umów o poufności. Powyższe dokumenty stanowią zatem dowody, które być nie zostały dostrzeżone przez Zamawiającego i pominięte przez ocenie dokonanego zastrzeżenia.

16. Jak wskazano powyżej Odwołujący przedstawił dowód w postaci opisu technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wdrożonych u Wykonawcy, który został zupełnie pominięty, a niewątpliwie stanowi on „wykazanie”, że Konsorcjum Maxto podjęło, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Niezależnie od powyższego Odwołujący powołał się także na stosowanie klauzul o zachowaniu poufności, które zawierają umowy z pracownikami, wskazujące na podjęcie działań celem

zachowania powyższych informacji w poufności. Ze względów opisanych powyżej załączenie tych klauzul nie było nieodzowne, aby uznać, że Konsorcjum Maxto „wykazało” spełnienie się wszystkich przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wymagał w SWZ udzielenia odpowiedzi na pytania w tym względzie, ale nie nałożył na wykonawców obowiązku przedkładania dowodów, na każdą z podnoszonych okoliczności.

17. Zatem Konsorcjum Maxto w uzasadnieniu Zastrzeżenia tajemnicy złożyło także oświadczenia co do zawarcia umów o zachowaniu poufności oraz co do zawarcia klauzul o zachowaniu poufności w umowach z pracownikami. Zamawiający w uzasadnieniu Czynności odtajnienia w zasadzie przedstawia argumentację jedynie w zakresie nie załączenia tych akurat dowodów. Trzeba przede wszystkim podkreślić, że Zamawiający nie powinien pomijać tego typu oświadczeń, lecz powinien je uwzględnić: „Wykonawca złożył oświadczenie, które ma określone znaczenie i nie może być pomijane czy też dyskredytowane. Nie wykazał Odwołujący, że czynności do jakich odwoływał się Odwołujący muszą być czynnościami jakie mają mające odzwierciedlenie w jakich dokumentach, zostały gdzieś skodyfikowane. Z żadnych regulacji nie wynika, że krąg osób, który ma dostęp do informacji ma zostać wskazany, jak również nie wynika, że ma posiadać wykonawca jakiegokolwiek dowody na to, że zobowiązał te osoby do zachowania poufności. To samo dotyczy każdego innego podmiotu, z którym współpracuje dany wykonawca” (wyrok KIO 582/21). Tymczasem przedmiotowe oświadczenia zostały zupełnie zignorowane, a Zamawiający oparł się tylko na wybiórczym cytowaniu fragmentów wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

18. Fakt rzeczywistego stosowania klauzul o zachowaniu poufności przez pracowników Odwołującego oraz stosowania środków zabezpieczeń został dowiedziony treścią dowodów załączonych do wyjaśnień ceny – dowód 9.1, w którym to dokumencie znajduje się odpowiednia nota prawna na temat poufności. Zamawiający, podobnie jak w przypadku postaci opisu technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wdrożonych u Wykonawcy, pominął ten dowód w uzasadnieniu swojej decyzji. Tymczasem dowód ten potwierdza nie tylko istnienie określonej polityki bezpieczeństwa, istnienie wzorców klauzul, ale rzeczywiste ich stosowanie. Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie sposób pomijać tego typu dokumentów, które stanowią konkretny i realny dowód na przedsięwzięcie i stosowanie środków w celu zapewnienia poufności informacji. Trzeba jeszcze raz przypomnieć, że Zamawiający nie określił żadnego katalogu dowodów, które należy dołączyć do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wręcz przeciwnie – przewidział jedynie konieczność udzielenia odpowiedzi na cztery pytania.

19. Trzeba podkreślić, że Zamawiający nie przedstawił także żadnych dowodów przeciwko oświadczeniom i dowodom przedłożonym przez Odwołującego. Zamawiający nie zakwestionował ich prawdziwości. Zamawiający nie twierdzi nawet, że podjęte środki w celu

zachowania poufności informacji są niewystarczające. Zamawiający twierdzi jedynie, że nie złożono dwóch konkretnych dowodów, choć sam nie wymagał ich złożenia. Jednocześnie pomija inne dowody i oświadczenia złożone przez Odwołującego, choć mają one istotne znaczenie dla oceny dokonanego zastrzeżenia. Podsumowując, stanowisko Zamawiającego sprowadza się de facto do zarzucenia Odwołującemu braku załączenia dowodów w postaci klauzul o zachowaniu poufności w umowach z pracownikami i umów o poufności z kontrahentami. Jednocześnie Zamawiający pominął szereg innych dowodów wykazujących rzeczywiste podjęcie/stosowanie określonych środków bezpieczeństwa w praktyce.

20. W ocenie Odwołującego nie sposób nie wziąć także pod uwagę charakteru zastrzeganych informacji, gdzie złożone przez Konsorcjum Maxto wyjaśnienia ceny z jednej strony są bardzo szczegółowe i rozbudowane, a z drugiej strony, dla uczestników systemu zamówień publicznych, powszechnie wiadomym jest, że przy rzetelnie skonstruowanych wyjaśnieniach, w zdecydowanej większości przypadków, zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego punktu widzenia, stanowisko Zamawiającego, abstrahując od powyższych kwestii, powinno, ale nie uwzględnia charakteru zastrzeżonych informacji. Nie istnieje idealny wzorzec zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i zastrzeżenie dokonane przez Odwołującego zapewne takim nie jest, lecz niewątpliwie zastrzeżenie to wskazuje na dochowanie należytej staranności, a Zamawiający nie uwzględnił całej treści złożonych wyjaśnień.

21. Z ostrożności, Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 28.06.2021, KIO 1258/21). Zarzuty są natomiast oparte o podane przez Zamawiającego uzasadnienie kwestionowanej decyzji, które sprowadza się jedynie do braku załączenia niektórych dowodów, ale jednocześnie Zamawiający w uzasadnieniu Czynności odtajnienia powołuje stawia tezy/powołuje się na wyroki KIO, które w żaden sposób nie zostały rozwinięte w kontekście treści zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum Maxto (o czym wcześniej). Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od decyzji, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane wykonawcy przez zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane (wyrok KIO 1581/17).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 2 lutego 2023 r.) wniósł o:

- I. o oddalenie Odwołania w całości;
- II. wnoszę o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- III. wnoszę o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie, na wskazane w nim okoliczności.

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

(...)

II. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacjach i przystankach osobowych w obszarze Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA w ramach projektu pn. „Zabudowa kompleksowej informacji pasażerskiej oraz urządzeń sterowania ruchem kolejowym na liniach Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA” w ramach obszaru działania „Zabudowa Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej – Etap I”.
2. W dniu 28 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Wyjaśnienia zostały złożone w dniu 14 grudnia 2022 r.
3. Zamawiający w dniu 11 stycznia 2023 r. poinformował Odwołującego o odtajnieniu wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego 14 grudnia 2022 r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Zamawiający wskazał przy tym, że wskazane dokumenty zostaną odtajnione po upływie 10 dni od przekazania pisma.
4. (...)

III. Uzasadnienie

1. Odwołujący sformułował zarzuty dotyczące naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez rzekomo bezpodstawne odtajnienie dokumentów złożonych przez niego w ramach procedury wyjaśnienia ceny oferty oraz prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny. W uzasadnieniu Odwołania podnoszono przede wszystkim, że zdaniem Konsorcjum Maxto, przedłożone uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne. Z takim wnioskiem nie sposób się jednak zgodzić, gdyż Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek wynikających z treści art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a

tym samym nie wykazał, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego powodu Odwołanie jest w całości bezzasadne, stanowisko Odwołującego opiera się na arbitralnej oraz wrywkowej wykładni przepisów ustawy Pzp i u.z.n.k. Jednocześnie argumentacja Odwołującego całkowicie pomija dominujący pogląd doktryny prawa oraz orzecznictwa dotyczące skutecznego zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

2. Zarówno w doktrynie prawa jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podstawową zasadą w systemie zamówień publicznych, która służy do realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień. Przez to, zasada jawności postępowania ma charakter fundamentalny, a jakakolwiek możliwość jej ograniczenia stanowi wyjątek i nie może być przez wykonawców nadużywana. Wniosek ten wynika wprost z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 80/22.

3. Zgodnie z poglądami prezentowanymi w piśmiennictwie: „Nie może budzić żadnych wątpliwości, że jedną z podstawowych zasad, jakimi kierować się musi zamawiający prowadzący postępowania o udzielenie zamówienia, jest jawność postępowania. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie innych fundamentalnych zasad obowiązujących w toku jego prowadzenia, tj. zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak często podnosi się w stanowiskach doktryny i orzecznictwa, realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy zamówienia publicznego, z czym muszą się liczyć wykonawcy pragnący wziąć udział w postępowaniu. (...).

4. Zamawiający nie może więc w żadnym wypadku domniemywać wykazania tajemnicy przez wykonawcę, gdyż to na nim ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a przez to zachodzi wyjątek od zasady jawności postępowania.

5. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący w początkowej części Odwołania próbuje narzucić Zamawiającemu jaki kształt i treść powinno mieć uzasadnienie czynności odtajnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast przepisy ustawy Pzp nie precyzują wymogów co do treści uzasadnienia czynności odtajnienia dokumentów, całkowicie niezrozumiałym jest więc na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie dokonał pełnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający przedstawił zarówno ogólne motywy takiej decyzji, jak i wskazał na szczegółowe okoliczności wskazujące na to, że Odwołujący nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, co dodatkowo zostało poparte przykładami orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W żaden sposób nie można więc uznać, że Zamawiający cokolwiek w swojej ocenie pominął, żaden przepis nie nakłada bowiem

obowiązku odniesienia się i zawarcia w uzasadnieniu polemiki z wszystkimi twierdzeniami wykonawcy zawartymi w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, jak chciałby tego Odwołujący. Zamawiający podkreśla, że ocena zastrzeżenia tajemnicy w przedmiotowej sprawie została przeprowadzona kompleksowo i rzetelnie, co doprowadziło do prawidłowej decyzji o odtajnieniu dokumentów

6. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące braku wykazania przez Odwołującego przesłanek do uznania zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

7. W uzasadnieniu odtajnienia informacji zastrzeganych przez Odwołującego wskazano, że obowiązek „wykazania” wypełniania się przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może ograniczać się jedynie do złożenia przez Wykonawcę danego oświadczenia. Konieczne jest właśnie wykazanie, co w części przypadków równoznaczne będzie z udowodnieniem ich wystąpienia. Pogląd ten poparty został wyrokiem KIO 715/21 oraz znajduje odzwierciedlenie w innych przykładach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

- Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.). (Uchwała z dnia 12 lutego 2020 r. KIO/KU 5/20).

- Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwie niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności - tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (...). (wyrok KIO 2290/20; wyrok KIO 674/22).

8. Uwzględniając powyższe, nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby oczekiwanie Zamawiającego co do przedstawienia dowodów dotyczących podjęcia przez wykonawcę stosownych działań celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności było nadmierne.

9. Tym bardziej nie można uznać, jak uważa Odwołujący, że jeśli Zamawiający oczekiwał, że każda okoliczność powoływana w takim uzasadnieniu powinna być dowodzona, to winien był swoje oczekiwanie precyzyjnie wyrazić w treści dokumentacji przetargowej. Taki wniosek jest gołosłownym i pomija kluczowy dla regulacji art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, który zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa stanowi w tym przypadku o konieczności przedłożenia stosownych dowodów. Obowiązek przedłożenia dowodów na podjęcie działań w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności przewidziany w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wynika więc z samych przepisów, przez co nie musi być wyrażony w dokumentacji przetargowej.

10. Warto wskazać, że orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przywołane przez Odwołującego w zakresie dowodzenia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. potwierdzają jedynie, że wykonawca nie musi udowadniać każdej z nich. Zamawiający zgadza się, że wykonawca nie musi przedkładać dowodów w celu potwierdzenia, że zastrzegane informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oznaczałoby to bowiem żądania dowodu negatywnego. Wątpliwości może również budzić kwestia wykazywania za pomocą dowodów wartości gospodarczej zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji. Jednoznacznym jest jednak, że wykonawca musi przedłożyć dowody na podjęcie przez niego działania w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności, w szczególności, jeżeli powołuje się na konkretne dokumenty (w tym przypadku były to m.in.: Polityka Ochrony Danych, Instrukcja zarządzania systemem IT, pisemne upoważnienia do przetwarzania DO). Poprzestanie na samych twierdzeniach w tym zakresie jest niewystarczające. Tożsamy pogląd przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 80/22: „Skoro ochrona taka wynika z dokumentu wewnętrznego spółki (Polityka bezpieczeństwa informacji), to nic nie stało na przeszkodzie, aby taki dokument przedłożyć, nawet jeżeli nie w całości, to w postaci wyciągu uwzględniającego regulacje odnoszące się do sposobu ochrony informacji tego rodzaju, jakie zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu. Należy bowiem stwierdzić, że jeśli jest możliwe przedstawienie dowodu na okoliczność spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w tym przypadku przesłanki dotyczącej działania w celu utrzymania informacji w poufności), to za niewystarczające i gołosłowne należy uznać same oświadczenia wykonawcy o istnieniu takich regulacji, zwłaszcza że ich skuteczność czy kompletność nie może być w takiej sytuacji należycie oceniona”.

11. Zamawiający podkreśla, że Odwołujący również zdawał się wiedzieć o konieczności przedłożenia dowodów w celu wykazania wskazanej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., gdyż w końcowej części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że przedkłada dwa dowody: wzór klauzuli stosowanej z osobami zatrudnionymi w MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; wzór klauzuli stosowanej z osobami zatrudnionymi u MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A.

12. Odwołujący pomimo umieszczenia takiej wzmianki w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedłożył wskazanych dowodów.

13. Jako, że wskazane dowody miały dotyczyć klauzul o zachowaniu poufności pracowników Odwołującego, warto przywołać stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w podobnym stanie faktycznym, w którym stwierdzono, że konkretna informacja dot. zobowiązania pracowników do zachowania poufności powinna być wykazana za pomocą dowodów: *„Na zakończenie tych ogólny stwierdzeń Przystępujący podaje bardziej konkretną informację, a mianowicie iż obowiązki spoczywające na ww. pracownikach mają swoje źródło m.in. w treści pisemnych zobowiązań do zachowania ww. informacji w poufności oraz do niewykorzystywania ich zarówno dla własnych celów jak i dla celów podmiotów trzecich.”*.

Skoro nałożenie na pracowników ww. obowiązków nastąpiło w formie pisemnej, to obowiązkiem Przystępującego było załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia takich przykładowych pisemnych zobowiązań. Jest to bowiem tego rodzaju okoliczność, która w prosty sposób może (i w związku z tym powinna) być wykazana za pomocą dowodu. Nieprzedstawienie takiego dowodu, w sytuacji gdy jego załączenie do uzasadnienia zastrzeżenia nie nastręcza żadnych problemów (wymaga jedynie dokonania tzw. anonimizacji) obciąża wykonawcę i czyni wyjaśnienia w tym zakresie gołosłownymi i mało wiarygodnymi. (wyrok KIO 2368/18).

14. Odwołujący wskazuje także, że załączniki nr 5,7,9.1-9.2 oraz 18.1 do wyjaśnień ceny potwierdzają zawarcie umów o poufności i stanowią dowody, które zostały przez Zamawiającego pominięte. Takie twierdzenie Odwołującego może być traktowane jedynie jako nieudolna próba obrony przedłożonego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Zamawiający oceniając skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bazuje na uzasadnieniu przekazanym przez wykonawcę, w tym natomiast w ogóle nie wspomina, że te załączniki stanowią dowody do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, zdaniem Zamawiającego wskazane w Odwołaniu załączniki do wyjaśnień ceny nie potwierdzają, że Odwołujący należycie chroni poufność zastrzeganych informacji.

15. Wskazane załączniki nr 5, 7 oraz 18.1 stanowią oferty przygotowane przez podmioty trzecie, w których zawarto zdawkowe zapisy o poufności tych informacji, tak np. w ofercie

INNEGRO wskazano, że: „Wszystkie informacje przedstawione w ofercie są poufne i mogą być przekazane stronom trzecim tylko i wyłącznie za zgodą INNEGRO”.

Zamawiający podkreśla, że takie zapisy w żaden sposób nie mogą stanowić dowodu na podjęcie przez Odwołującego działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w poufności. Przedmiotowy zapis w ogóle nie stanowi o czynnościach podejmowanych przez Odwołującego, a dotyczy samych podmiotów trzecich. Dodatkowo tak lakoniczne zastrzeżenia nie powinny być klasyfikowane jako działanie podjęte z należytą starannością.

16. Natomiast wskazane przez Odwołującego załączniki nr 9.1 oraz 9.2 do wyjaśnień ceny wykonawcy dotyczą korespondencji z podmiotem SHARP/NEC. Jedynym fragmentem tych dokumentów, który dotyczy poufności informacji jest krótka wzmianka w „stopce” wiadomości e-mail wysyłanej przez pracownika Odwołującego. Taki element stanowi w zasadzie standardowy element przesyłanych przez wykonawców wiadomości e-mail niezależnie od treści samej wiadomości i nie można przy tym uznać, że jest to działanie chroniące zastrzegane informacje podejmowane z należytą starannością. Jednocześnie całkowicie niezrozumiałym jest w jaki sposób Odwołujący wywodzi z takiego fragmentu, że potwierdza on wprowadzenie przez wykonawcę polityki bezpieczeństwa.

17. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z orzecznictwem Sądów Administracyjnych badanie spełnienia przesłanki dotyczącej podjęcia przez wykonawcę działań celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności należy badać z uwzględnieniem skuteczności tych działań i realnej kontroli nad dostępem do informacji. Jak wskazano w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 stycznia 2021 r., VI SA/Wa 1347/20: *„Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy interpretować, uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy”.*

18. Natomiast w sytuacji, w której Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń o wdrożonych środkach bezpieczeństwa, w tym wdrożonych dokumentach np. Polityce Ochrony Danych, nie można stwierdzić, że wykonawca faktycznie kontroluje dostęp do zastrzeganych informacji. Z tego powodu deklaracje Odwołującego co do ochrony poufności informacji pozostają gołosłowne i nie mogą stanowić o wykazaniu spełnienia przesłanek wymaganych do uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 764/22, KIO 804/22 w zakresie dowodzenia wdrożenia u wykonawcy polityki bezpieczeństwa: *„W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie*

wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście są zachowywane w poufności. [...] Jakkolwiek każdy wykonawca może w chwili złożenia oferty lub wyjaśnień takie oświadczenia i deklaracje składać, to niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Tymczasem aby je wykazać, należy np. przedstawić dokumenty, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla ściśle określonego kręgu osób. Wykonawca nie przedstawił dowodów, np. w postaci polityki bezpieczeństwa, zobowiązania do zachowania poufności, itp. potwierdzających zawarte oświadczenia. Ograniczył się jedynie do przywołania nazw takich dokumentów (...). Zastrzegł jednak jednocześnie, że dokument ten sam w sobie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazuje, iż wprowadzenie w organizacji Polityki bezpieczeństwa nie może być utożsamiane i równoznaczne z objęciem tajemnicą dokumentów składanych w toku postępowania przez Wykonawcę. Tym samym, należy uznać, że wykonawca nie wykazał skutecznie spełnienia przesłanki z pkt 3 niniejszego pisma. Natomiast, jako że w celu objęcia informacji ochroną należną tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest wykazanie spełnienia przesłanek z pkt 1-3 łącznie, to należy uznać, że ochrona ta przedstawionym informacjom nie przysługuje”.

19. Jako, że Odwołujący w zarzutach odwołania referuje również do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji, Zamawiający wskazuje, że podjęta przez niego czynność w postaci odtajnienia informacji zastrzeganych przez Odwołującego w żadnym razie nie stanowi o potraktowaniu przedmiotowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób odmienny niż zastrzeżeń innych wykonawców. Odtajnienie jest również czynnością w pełni proporcjonalną.

20. Celem potwierdzenia takich okoliczności Zamawiający wskazuje, że w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego również odtajniał informacje nieskutecznie zastrzegane przez wykonawców:

- W postępowaniu pn.: Projekt, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacji Rzeszów Główny i przystanku osobowym Rzeszów Zachodni w ramach realizacji projektu POIiŚ 5.1-19.3 „Poprawa Stanu Technicznego Infrastruktury Obsługi Podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap III Rzeszów Główny” (Nr referencyjny postępowania z Platformy Zakupowej: 9090/IREZA3/05680/01594/21/P) odtajniono:

- 1) w ofercie FONON Sp. z o.o. – RCO, zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby, dokumenty JEDZ tych podmiotów;

- 2) wykaz osób w ofercie Konsorcjum Maxto.

- W postępowaniu pn.: „Projekt, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacji Rzeszów Główny i przystanku osobowym Rzeszów

Zachodni” w ramach projektu POLiŚ 5.1-19.3 pn.: „Poprawa Stanu Technicznego Infrastruktury Obsługi Podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap III Rzeszów Główny” (Nr referencyjny postępowania z Platformy Zakupowej: 9090/IREZA3/08944/02561/22/P) odtajniono:

1) w ofercie NetWorkS! Sp. z o.o.– zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby; 2) częściowe odtajnienie wyjaśnień ceny NetWorkS! Sp. z o.o.

• W postępowaniu pn.: Zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacjach i przystankach osobowych w obszarze Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA w ramach projektu pn. „Zabudowa kompleksowej informacji pasażerskiej oraz urządzeń sterowania ruchem kolejowym na liniach Podmiejskiej Kolei Aglomeracyjnej – PKA” w ramach obszaru działania „Zabudowa Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej – Etap I” (Nr referencyjny postępowania z Platformy Zakupowej: 9090/IREZA3/17143/04695/22/P) Zamawiający odtajnił lub zamierza odtajnić::

1) częściowo wyjaśnienia ceny FONON Sp. z o.o.

2) poruszone w Odwołaniu odtajnienie wyjaśnienia ceny Konsorcjum Maxto.

18. Mając powyższe na uwadze, zarzut sformułowany przez Odwołującego o niezapewnieniu uczciwego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji jest całkowicie niezasadny i nie powinien zostać uwzględniony. Przywołane przypadki odtajnienia dokumentów w innych, podobnych postępowaniach potwierdzają, że Zamawiający nie traktuje Odwołującego w sposób odmienny od innych wykonawców.

19. Reasumując, Zamawiający wskazuje, że jako, że do skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie spełnienia wszystkich trzech przesłanek wynikających z brzmienia art. 11 ust. 2 u.z.n.k., to w sytuacji, w której Odwołujący nie sprostął temu wymaganiu względem nawet jednej z nich zastrzeżenie pozostaje nieskuteczne. Nie jest przy tym istotne, jak stara się to eksponować Odwołujący, że wyjaśnienia ceny oferty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, kluczowym pozostaje bowiem, że Odwołujący nie wykazał, że tak jest. Z tego powodu Odwołanie jest w całości niezasadne.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (Konsorcjum firm): Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. (Lider) oraz Aldesa Construcciones S.A. (Hiszpania); AERONAVAL DE CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES S.A. (ACISA) (Partnerzy) wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W odwołaniu Odwołujący wskazał na naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) (ustawa znk) z uwagi na – zdaniem wykonawcy - bezpodstawne odtajnienie wszystkich dokumentów złożonych przez Odwołującego w dniu 14.12.2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy znk, i które Konsorcjum Maxto wraz z przekazaniem tych informacji/dokumentów, zastrzegło, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w punkcie 14.15 dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa podał:

„14.15.1 Wykonawca najpóźniej wraz z przekazaniem informacji może zastrzec, że Zamawiający nie będzie mógł ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. poprzez złożenie stosownego oświadczenia. W przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy, Wykonawca składa oświadczenie w Formularzu Ofertowym. którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do IOW.

14.15.2 W przypadku zastrzeżenia, o którym mowa w pkt 14.15.1 IOW, Wykonawca zobowiązany jest wydzielić dokumenty i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa do odrębnego pliku w taki sposób, aby fragmenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa były odłączone od pozostałej części oferty i stanowiły odrębny załącznik do Formularza złożenia oferty. Zamawiający zaleca nazwać plik zawierający tajemnicę nazwą „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Wykonawca zobowiązany jest także zastrzec dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez zaznaczenie opcji „tajemnica przedsiębiorstwa” w polu typ dokumentu na etapie załączania dokumentu do Formularza złożenia oferty na Platformie Zakupowej. Analogicznie, Wykonawca jest zobowiązany do wydzielenia dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w przypadku zastrzeżenia innych informacji. niż zawartych w ofercie.

14.15.3 W przypadku, gdy Wykonawca nie zastosuje się do zapisów pkt 14.15.2. IOW w zakresie wydzielenia części objętych tajemnicą przedsiębiorstwa od pozostałej części oferty. Zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności w przypadku ujawnienia informacji w nich zawartych, np. podczas wglądu do ofert przez osoby trzecie.

14.15.4 Zamawiający nie ujawni informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ((...)) (dalej jako: „tajemnica przedsiębiorstwa”). o ile Wykonawca wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Uzasadnienie lub inne dokumenty udowadniające, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w pkt 14.15.6 IOW, należy złożyć wraz z ofertą jako załącznik do Formularza złożenia oferty

14.15.5 Wykonawca nie może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujących informacji: nazwy albo imion i nazwisk oraz adresu siedzib lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców oraz cen lub kosztów zawartych w ofertach.

14.15.6 Uzasadnienie podstawy zastrzeżenia informacji musi odpowiadać na następujące pytania:

Czy zastrzeżone informacje 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?

2. Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które Wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte są w zastrzeżonych informacjach?

3. Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje?

4. Jakie niezbędne działania - przy zachowaniu należytej staranności zostały przez Wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami?"

W piśmie z dnia 11 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, o odtajnieniu wszystkich dokumentów złożonych przez Konsorcjum MAXTO dniu 14 grudnia 2022r. w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał na następujące okoliczności:

1) W stosunku do wymienionych dokumentów Konsorcjum nie przedstawiło wymaganej argumentacji oraz dowodów, co do objęcia tych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, w kontekście wykazania łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy znk), czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności

2) Obowiązek „wykazania” wypełniania się przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może ograniczać się jedynie do złożenia przez Wykonawcę stosownego oświadczenia. Konieczne jest wykazanie, co w części przypadków równoznaczne będzie z udowodnieniem ich wystąpienia. Obowiązek poparcia dowodami

skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy w szczególności podjęcia działań niezbędnych do utrzymania danych informacji w tajemnicy.

3) W zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał, że *„Przedkładamy następujące dowody w postaci klauzul o zachowaniu poufności, które zwierają umowy z pracownikami Wykonawcy wskazujące na podjęcie działań celem zachowania powyższych informacji w poufności. Wskazujemy, że dowody te również są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”*. Wykonawca nie załączył wymienionych dokumentów ani żadnych innych dowodów potwierdzających podjęcie działań w celu ochrony poufności zastrzeganych informacji.

4) Wśród odtajnionych dokumentów znajdują się również oferty podwykonawców. Wykonawca wskazał w uzasadnieniu zastrzeżenia: *„Działaniami podjętymi poza Postępowaniem spełniającymi trzeci ustawowy warunek było również zawarcie umów o poufności z kontrahentami”*. Powyższe nie zostało poparte stosownymi dowodami na potwierdzenie podjęcia tych działań. Wykonawca nie przedstawił umów lub porozumień o zachowaniu poufności z dostawcami czy partnerami, z których wynikałoby utrzymanie w poufności informacji objętych ofertami tych podmiotów.

5) Wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, co powinno nastąpić najpóźniej wraz z przekazaniem tych informacji. Ocenie mogą zatem podlegać wyłącznie informacje zastrzeżone przez Wykonawcę (nie jest możliwe ich uzupełnienie np. o dowody), co do których wraz z ich złożeniem wpłynęło do Zamawiającego uzasadnienie ich utajnienia. Oceniając prawidłowość złożenia wyjaśnień zarówno Zamawiający, a w przypadku ewentualnego odwołania na odtajnienie lub zaniechania odtajnienia części informacji – także Krajowa Izba Odwoławcza, uprawnieni są oceniać wyłącznie pierwotną treść wyjaśnień.

6) Kluczowe dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Sam tylko rodzaj i charakter informacji nie przesądza o tym, że w każdym przypadku informacje takie mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ zależy to od spełnienia także innych warunków, w tym podjęcia z należytą starannością przez uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi działania w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Konsorcjum w uzasadnieniu zastrzeżenia obejmującego 12 str. podaje:

1) na stronie 4 do str. 9: *„W zakresie ziszczenia się pierwszego warunku podnieść należy, że Wykonawca zastrzegł wyłącznie wyjaśnienia, w których wskazano sposób kalkulacji ceny oraz dowody. W wyjaśnieniach przedstawiono niezbędne nakłady do prawidłowej realizacji zamówienia. Informacja ta, jest niezwykle istotna z punktu widzenia*

funkcjonowania Wykonawcy i posiada istotną wartość gospodarczą, a jej ujawnienie zagraża interesom Wykonawcy. Ujawnienie cen Objętych tajemnicą może doprowadzić do utraty znacznej ilości przychodów na rynku, którego dotyczy niniejsze zamówienie.(...) Dalej przytacza poglądy doktryny oraz orzecznictwo.

2) na stronie 9: *„W zakresie ziszczenia się drugiego warunku należy podnieść, iż zastrzeżone informacje zna wyłącznie wąskie grono pracowników Wykonawcy uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy. Tak więc niewątpliwym jest, iż Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji, a informacje te nie tracą tego szczególnego charakteru, charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji”.*(...) Podobnie przytacza poglądy doktryny oraz orzecznictwo.

3) Str 9 do 11: *„ W zakresie ziszczenia się trzeciego warunku należy zauważyć, iż na podstawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) dana informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych Osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja moic być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie ulega Jakiegokolwiek wątpliwości, że Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności poprzez niniejsze zastrzeżenie. Działaniami podjętymi poza Postępowaniem spełniającymi trzeci ustawowy warunek było również zawarcie umów o poufności t kontrahentami. Opis technicznych i organizacyjnych środków bezpieczeństwa wdrożonych u Wykonawcy przez podmioty przetwarzające („PP”) (w tym wszelkie stosowne certyfikaty) w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, z uwzględnieniem charakteru, zakresu, kontekstu i celu przetwarzania, a także ryzyka naruszenia praw i wolności osób fizycznych: (...)*

Dalej wskazuje na punkty cytowane w odwołaniu od 1 do 21) oraz przytacza orzecznictwo i oświadcza: *„Przedkładamy następujące dowody w postaci klauzul o zachowaniu poufności, które zawierają umowy z pracownikami Wykonawcy wskazujące na podjęcie działań celem zachowania powyższych informacji w poufności. Wskazujemy, iż dowody te również są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa”.* Wskazuje dowód: *„wzór klauzuli stosowanej z osobami zatrudnionymi w MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością; wzór klauzuli stosowanej z osobami zatrudnionymi u MAXTO Spółka z Ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A.”* Taki dowód nie został załączony. W ostatnim akapicie na str. 12 podaje: *„Z uwagi na powyższe, wszystkie poniższe informacje, jak również dowody, nie mogą być ujawnione publicznej wiadomości. w tym pozostałym wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu. jako stanowiące tajemnicę*

przedsiębiorstwa Wykonawcy". W dalszej części zastrzeżonej (str. 13 do 16) powołując się na szczegółowy kosztorys i założenia do kalkulacji mające potwierdzać, że cena ma charakter rynkowy. Z kolei na stronie 16 do 17 wymienia jak zaznaczył „Załączniki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” oznaczone nr od 00 do 19 (z uwzględnieniem ppkt w pkt 8 i 9).

W myśl art. 18 ust. 3 ustawy Pzp:

„3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”

Mając na uwadze stan faktyczny sprawy, Izba stwierdza, że należało zgodzić się z ustaleniami Zamawiającego, co do nie wykazania przez Konsorcjum Maxto w uzasadnieniu, że zastrzeżone w wyjaśnieniach z dnia 14 grudnia 2022 r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przedstawienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z zachowaniem ustawowego terminu, wynikającego z art. 18 ust. 3 Pzp nie jest bowiem wystarczające do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna być ustanowiona zgodnie z regułami określonymi w art. 11 ust. 2 uznk.

Do skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest wykazanie właśnie w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa spełnienia łącznie wszystkich trzech przesłanek wymaganych art. 11 ust. 2 ustawy znk.

Wskazany art. 11 ust. 2 ustawy znk stanowi: *„2. 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”.

Wyjaśnienia ceny oferty, jak w tej sprawie, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże pod warunkiem łącznego wykazania w uzasadnieniu wymaganych przepisem przesłanek. Nie jest przy tym istotne, że wyjaśnienia ceny oferty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, kluczowym pozostaje bowiem, czy wykonawca wykazał już w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazane przepisem przesłanki.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter fundamentalny, a jakakolwiek możliwość jej ograniczenia stanowi wyjątek. Powyższe wynika z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp i wskazywanego jego ust. 4. Nie może być przez wykonawców nadużywana, albowiem jako podstawowa zasada w systemie zamówień publicznych, służy do realizacji pozostałych zasad udzielania zamówień. Zamawiający tym samym nie może domniemywać, czy wykonawca *podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*. Powyższe zobowiązany jest wykazać wykonawca, gdyż na nim ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy znk, a przez to zachodzi wyjątek od zasady jawności postępowania.

Niewątpliwie przepisy ustawy Pzp nie precyzują wymogów, co do treści uzasadnienia czynności odtajnienia dokumentów. Jednakże w tym stanie faktycznym Zamawiający wskazał okoliczności stanowiące podstawę jego decyzji, dając jednocześnie szansę wykonawcy na jej zweryfikowanie w trybie odwoławczym. Zamawiający – wbrew twierdzeniom Odwołującego - dokonał pełnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższe okoliczności, które Izba wskazała powyżej, doprowadziły do decyzji o odtajnieniu dokumentów. Zamawiający dokonał obiektywnej oceny spełnienia przesłanek. W odniesieniu do przesłanki „nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji” oparł się na oświadczeniu wykonawcy. Natomiast co do przesłanki wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, miał prawo oczekiwać dowodów. Ta przesłanka – także wobec stanowiska Konsorcjum - ma materialną postać (wprowadzenie polityk bezpieczeństwa informacji, zawarcie klauzul o poufności w umowach z pracownikami itp.). Żaden dowód na tę okoliczność, pomimo deklaracji, nie został przez Konsorcjum przedłożony. Nie sposób zatem obiektywnie uznać, że wykonawca w tej sprawie wykazał, że wyjaśnienia w przedmiocie ceny i załączniki korzystają z ochrony przewidzianej dla informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa. W tej sprawie przedstawienie dowodów w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia

działań mających na celu zachowanie informacji w poufności - chociażby tych deklarowanych - nie stanowiło w przekonaniu Izby dla wykonawcy żadnych trudności czy było nadmierne.

Wobec ustaleń Izby, co do kluczowego zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, należało także uznać, że podjęta czynność odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego nie stanowi naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby ocena jego dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa następowała odmiennie – bardziej rygorystycznie – aniżeli analogiczne dokumenty innych wykonawców.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....