

Sygn. akt: KIO 298/19

WYROK
z dnia 7 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2019 r. przez **ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79 C, 29-100 Włoszczowa** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów określonych w Dziale 7 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożonych wraz z ofertą wykonawcy **ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 04-713 Warszawa** i udostępnienie tych dokumentów.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79 C, 29-100 Włoszczowa**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego - **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk** rzecz Odwołującego - **ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79 C, 29-100 Włoszczowa** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 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 Gdańsku**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 298/19

Uzasadnienie

Zamawiający – **ENERGA - OPERATOR S.A., ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk**, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Sukcesywne dostawy rozłączników napowietrznych SN o budowie zamkniętej z telesterowaniem i telesygnalizacją*”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26.12.2018 r. pod nr 2018/S 248-574682, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 11 lutego 2019 roku Zamawiający poinformował **ZPUE S.A., ul. Jędrzejowska 79 C, 29-100 Włoszczowa** (dalej jako Odwołujący), iż uznał, że dokumenty złożone przez **ABB Sp. z o.o.**, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nie powinny zostać ujawnione.

Od tej czynności w dniu 19.02.2019 r., Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadą przejrzystości,
2. art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., Nr 419 t.j.) (zwaną dalej „UZNK”) poprzez uznanie, że informacje zastrzeżone w ofercie wykonawcy, wskazane w Dziale 7 pkt 2 SIWZ stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje te, z uwagi na ich treść, nie spełniają przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa z UZNK,
3. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK poprzez uznanie, że informacje wskazane w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, podczas gdy Wykonawca ten w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa nie wykazał zaistnienia przesłanek wskazujących na fakt, iż dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym lub posiadają wartość gospodarczą, że nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, jak również, że podjął działania w celu utrzymania ich w poufności,

4.art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w treści oferty Wykonawcy, wskazanych w Dziale 7 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej „SIWZ”), na skutek uznania, iż doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartej w ofercie tego Wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia części oferty Wykonawcy, tj. w zakresie dokumentów wskazanych w Dziale 7 pkt 2 SIWZ, zastrzeżonych niesłusznie jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący podnosi, że część oferty wykonawcy ABB Sp. z o.o., stanowiąca całość dokumentacji mającej potwierdzać spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego dla przedmiotu zamówienia, została utajniona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że dokumentację tę stanowią:

1) Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR) zawierająca m.in. podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe, szczegółową specyfikację wyposażenia, w tym instrukcję montażu na różnych rodzajach słupów, okresowych zabiegów konserwacyjnych, przeglądów i badań technicznych,

2) Karty katalogowe oferowanych rozłączników napowietrznych SN wraz z ich napędami zawierające podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe oraz szczegółową specyfikację wyposażenia,

3) Kopie certyfikatów zgodności potwierdzających parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego, poświadczających zgodność z normami wymaganymi dla oferowanych urządzeń, wskazanymi szczegółowo w SIWZ,

4) Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela albo importera poświadczających zgodność z normami wymaganymi dla oferowanych urządzeń,

5) Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela albo importera z postanowieniami Dyrektywy RED 2014/53/UE (Dz. U. UE L 153/63/2014), Dyrektywy EMC 2014/30/UE (Dz.U. UE L 96/79/2014) dla sterownika z zintegrowanym sygnalizatorem zwarć oraz modułu komunikacyjnego [zintegrowanego ze sterownikiem lub jako oddzielne urządzenie),

6) Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela albo importera z postanowieniami Dyrektywy LVD 2014/35/UE (Dz. U. UE L 96/357/2014), Dyrektywy RoHS 2011/65/UE (Dz. U. UE L 174/88/2011), dla zasilacza prądu stałego, ograniczników przepięć nn, rozłączników instalacyjnych nn, wyłączników instalacyjnych nn,

7) Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela albo importera z postanowieniami Dyrektywy 2006/66/WE (Dz. U. UE L 266/1/2006), Dyrektywy 2013/56/UE (Dz. U. UE L 329/5/2013) dla akumulatorów wykonanych w technologii żelowej lub AGM.

Powyższa dokumentacja ma stanowić podstawę do uznania, iż oferowany przez wykonawców w postępowaniu przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania techniczne (Dział 7 pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz pkt 2.7. Specyfikacji technicznej - Rozłączniki napowietrzne SN o budowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji).

Odwołujący wskazuje, że powyższa dokumentacja ma stanowić podstawę do uznania, iż oferowany przez wykonawców w postępowaniu przedmiot zamówienia spełnia określone przez Zamawiającego wymagania techniczne (Dział 7 pkt 2 SIWZ oraz pkt 2.7. Specyfikacji technicznej - Rozłączniki napowietrzne SN o budowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji).

Odwołujący informuje, że jako uzasadnienie objęcia tajemnicą treści powyżej wymienionych dokumentów, wykonawca ABB Sp. z o.o. przedłożył do oferty wyjaśnienia „Odniesienie do Działu 9 pkt 10 SIWZ Uzasadnienie do Tajemnicy Przedsiębiorstwa”, w których nie wykazał zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach wskazanych w Dziale 7 pkt 2 SIWZ. Zdaniem Odwołującego załączony do oferty dokument ma bowiem charakter ogólnego opracowania, zawierającego cytaty z orzecznictwa i poglądy doktryny. Wywodzi, że dokument ten pozbawiony jest wyjaśnień odnoszących się do tego konkretnego postępowania. Wskazuje, że wywołuje wrażenie, że zawarte w nim wyjaśnienia odnoszą się do innego postępowania, w którym przedmiotem zastrzeżenia Wykonawcy jako tajemnica przedsiębiorstwa była cena (cyt.: „(...) Ponadto, ABB z ostrożności podnosi, że pomimo faktu, iż część informacji dotyczących sposobu budowy ceny może być

jawnych to na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ochronie podlega także zbiór informacji jako całość bez względu na możliwość jawności określonych jego elementów. Takim zbiorem dla Wykonawcy jest sposób budowy ceny oferty. ABB wskazuje, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa."Z tego Odwołujący wywodzi, że w żadnym miejscu swych wyjaśnień wykonawca ABB nie wykazał, ażeby informacje zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa zawarte w dokumentach: dokumentacji techniczno - ruchowej, kartach katalogowych, certyfikatach i deklaracjach zgodności taki walor posiadały na podst. art. 11 ust. 2 UZNK.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż powyższe dokumenty nie zawierają "know - how" ABB. Sp. z o.o. - informacje zawarte w tych dokumentach zawierają efekt końcowy, finalny, nadto poświadczają zgodność oferowanych urządzeń z określonymi normami europejskimi, które wskazują parametry konieczne dla spełnienia wymogów określonych w danej normie. Wywodzi, że Know-How (z ang. "wiedzieć jak") - to informacje o sposobie produkcji. Dotyczą one zawartości poszczególnych składników w produkcie finalnym lub w określonej fazie przerobu, sposobów łączenia poszczególnych elementów w całość, również metod technicznych związanych już z opatentowanymi procesami i wyrobami, niezbędnych do praktycznego wykorzystania patentów i wdrożenia ich do produkcji. Pojęcie to określa także wiedzę techniczną i specjalne właściwości odkryte przez producenta w rezultacie prowadzonych przez siebie badań, a nie znane konkurencji. Know How w literaturze fachowej określane jest jako zespół doświadczeń, wiedzy technicznej i pozatechnicznej, które mają charakter poufny (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.06.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 95/18). Odwołujący podkreśla, że objęte przez ABB tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty takich walorów nie posiadają.

Odwołujący podnosi, że powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego wynika, iż certyfikaty, badania i oceny techniczne nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (wyrok KIO z dnia 28.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 451/09). Wskazuje, że w odniesieniu do certyfikatów i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi, dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza nakazywała odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji (wyrok z dn. 14.01.2011 r., sygn. akt KIO 2817/10), jak również, że w ocenie KIO również badania, które potwierdzają, że dany wyrób spełnia określone w normie wymagania, nie zawierają informacji podlegających ochronie zgodnie z UZNK - wyrok KIO z dnia 28.04.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 451/09. Odwołujący podnosi, że z postanowień punktu 2.7.10 Specyfikacji Technicznej - Rozłączniki napowietrzne SN o budowie zamkniętej z zespołami telesterowania i telesygnalizacji („Wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań technicznych”), stanowiącej również załącznik nr 1 do umowy, dokumenty objęte przez wykonawcę ABB tajemnicą przedsiębiorstwa, będą dostarczane wraz z dostawą urządzeń w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a zatem będą one stanowić dokumenty jawne, podlegające weryfikacji przy każdorazowym odbiorze.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleką posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W szczególności tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru. (wyrok KIO z dn. 14.01.2011 r., sygn. akt KIO 2817/10). Wskazuje, że w kontekście zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kluczowe znaczenie ma ustęp 3 art. 8 ustawy Pzp, albowiem *expressis verbis* wskazuje, pod jakimi warunkami zasada jawności poddana zostaje ograniczeniu, tj.: informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wykonawca, zastrzegł, że informacja ta nie może być udostępniona, wykonawca wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca wykonał powyższe czynności nie później niż w terminie składania ofert. Wskazuje, że wobec powyższego Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady jawności postępowania. Podnosi, że w zaistniałych okolicznościach, zachowanie Wykonawcy zmierzało bowiem jedynie do gry konkurencyjnej, a nie jako prawo każdego wykonawcy zapewniające ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, w granicach zdefiniowanych w art. 11 ust. 2 UZNK.

Zdaniem Odwołującego, postępowanie wykonawcy ABB zagrażało jego interesowi w uzyskaniu zamówienia, wskutek niezasadnego utajnienia informacji zawartych w ofercie. Odwołujący wywodzi, że został pozbawiony możliwości weryfikacji oferty ABB i sprawdzenia jej zgodności z ustalonymi w SIWZ zasadami oceny i wyboru ofert, co w konsekwencji może uniemożliwić zaskarżenie mu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazuje, że zastrzeżenie dochowania poufności złożone w ofercie ABB stanowi próbę uniemożliwienia Odwołującemu wglądu do dokumentów, bowiem treść zastrzeżonych dokumentów nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający błędnie uznał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czym dopuścił się naruszenia również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu przed KIO w dniu 4.03.2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uznał, że zastrzeżone dokumenty o numerach od 2_5_10 do 2_8 złożone przez wykonawcę ABB nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i powinny zostać odtajnione. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w toku rozprawy przed KIO podtrzymał stanowisko.

Strony zgodnie oświadczyły, że wobec postanowienia o oddaniu części dokumentów zastrzeżonych przez ABB Sp. z o.o., przedmiotem sporu pozostają jedynie dokumenty:

2_1_Sectos_DTR,

2_2_SECTOS katalog,

2_3 Certyfikat SECTOS,

2_4_1 Przekładnik_VOL24_pl,

2_4_2 Przekładniki_KOKU_ABB_pl,

2_4_3 Certyfikat_PROXAR_IN_AC_PL.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca ABB Sp. z o.o., ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa. Przystępujący ABB Sp. z o.o. nie stawiał się na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny.

Zamawiający, w dziale 7 SIWZ – „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy” zawarł m.in. następujące postanowienia:

1. „Wykonawca zobowiązany jest załączyć na Platformie Zakupowej następujące dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

(...)

1.3 Dokumenty wskazane w pkt 2.

(...)

2. W celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez zamawiającego wezwany wykonawca jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą w formie elektronicznej (dla rysunków technicznych dopuszcza się w format PDF lub DWG):

2.1. Dokumentację Techniczno-Ruchową (DTR) zawierającą m.in. podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe, szczegółową specyfikację wyposażenia, w tym instrukcję montażu na różnych rodzajach słupów, okresowych zabiegów konserwacyjnych, przeglądów i badań technicznych;

2.2. Karty katalogowe oferowanych rozłączników napowietrznych SN wraz z ich napędami zawierające podstawowe dane techniczne, rysunki gabarytowe oraz szczegółową specyfikację wyposażenia;

2.3. Kopie certyfikatów zgodności potwierdzających parametry z pkt. 2.3.17 załącznika nr 1 do SIWZ/ umowy, poświadczonych za zgodność z oryginałem z niżej wymienionymi normami:

(...)

2.5. Deklaracje zgodności producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela albo importera z niżej wymienionymi normami (...).”

W dziale 9 SIWZ – „Sposób przygotowania oferty” zawarto m.in. następujące postanowienia:

„9. Zastrzeżenie przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określonych informacji jako tajemnicy nie może opierać się tylko i wyłącznie na subiektywnym przekonaniu Wykonawcy, ale wymaga wykazania, że spełnia kumulatywnie wszystkie trzy zawarte w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przesłanki:

9.1. zastrzeżenie dotyczy informacji o określonym charakterze, tj. technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą;

9.2. 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;

9.3. uprawniony do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

10. Skuteczne zobowiązanie Zamawiającego do nieujawniania określonych informacji wymaga nie tylko zastrzeżenia, że nie mogą być one udostępniane, lecz także jednoczesnego wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym celu należy przedstawić wiarygodne dokumenty, jak np. wewnętrzne procedury obowiązujące w przedsiębiorstwie, przykłady umów z kontrahentami potwierdzające ochronę poufności itp. – podkreślenie Zamawiającego.

Wykonawca ABB Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył dokumenty wskazane w pkt 7.2 SIWZ, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wraz z dokumentami złożył uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym poinformował m.in., że:

„1) Informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartości gospodarcze.

ABB wskazuje, że przedmiotowe wyjaśnienia mają dla Wykonawcy charakter gospodarczo-handlowy oraz organizacyjny przedsiębiorstwa.

Zawierają one szczegółowe informacje na temat stosowanej przez Wykonawcę polityki cenowej, polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa, relacji z kontrahentami i warunkach współpracy z nimi. Dodatkowo, pokazują w jaki sposób ABB organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje.

Na podstawie tych danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o potencjale Wykonawcy, jego powiązaniach handlowych, sposobie organizacji jego przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzą o pozycji rynkowej danego podmiotu.

Powyższe informacje to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez ABB na rynku. Tym samym przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia stanowią know-how ABB, wobec czego są informacjami o charakterze technologicznym oraz organizacyjnym przedsiębiorstwa i posiadają dla Wykonawcy ogromną wartość gospodarczą.

(...)

Wiedza o ww. zagadnieniach powzięta przez konkurentów Wykonawcy może mieć negatywny wpływ właśnie na ww. pozycję rynkową ABB, znacznie ją osłabiając i uniemożliwiać Wykonawcy udział w procedurach publicznych i niepublicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. Dla większości firm w tym dla Wykonawcy informacja o sposobie budowania strategii finansowej i cenowej jest jednym z najcenniejszych składników know-how.

(...)

Takim zbiorem dla Wykonawcy jest sposób budowy ceny oferty. ABB wskazuje, że zbiór ten stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że zastrzeżone informacje bezsprzecznie mają dla ABB charakter technologiczny, gospodarczy i organizacyjny przedsiębiorstwa.

(...)

3) W stosunku do informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania jej w poufności.

W celu wykazania istnienia ostatniej ze wskazanych a art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki, a więc okoliczności, że w stosunku do zastrzeżonej informacji podjęto niezbędne działania w zakresie zachowania jej poufności ABB wskazuje, że w szczególności sposób zadbała o zachowanie poufności tych informacji, między innymi poprzez:

1) zastrzeganie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których Wykonawca bierze udział (a także, w których wcześniej brał udział).

2) ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum; zobowiązanie pracowników ABB do zachowania poufności;

4) zobowiązanie pracowników ABB do zachowania poufności, w tym przypomniano o im treści art. 100 § 2 pkt 4) i 5) Kodeksu pracy, zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także – przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach;

5) przypomniano osobom zatrudnionym na podstawie umów cywilnoprawnych o celu zawartych umów, a także o tym, iż „ważne powody” wypowiedzenia umowy zlecenia w rozumieniu art. 746 § 1 Kodeksu cywilnego, to przede wszystkim utrata zaufania potrzebnego do dalszego wykonywania świadczenia oraz działania, które tą utratę zaufania uzasadniają;

6) szkolenie nowo przyjmowanych pracowników pod kątem postępowania z informacjami opatrzonymi klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”;

7) wprowadzenie w Wykonawcy specjalnej procedury postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”;

8) ustanowienie wysokich kar umownych za naruszenie klauzul dotyczących poufności”.

Ponadto Przystępujący powołał się na poglądy doktryny oraz orzecznictwo w przedmiotowym zakresie, jak również odniósł się do przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Izba zważyła, co następuje.

Odwolanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wykonawca ABB Sp. z o.o. wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i odmówił ich udostępnienia Odwołującemu wbrew dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zastrzeżone dokumenty, których dotyczy spór – tj. dokumenty o nazwach: 2_1_Sectos_DTR, 2_2_SECTOS katalog, 2_3 Certyfikat SECTOS, 2_4_1 Przekładnik_VOL24_pl, 2_4_2 Przekładniki_KOKU_ABB_pl, 2_4_3 Certyfikat PROXAR_IN_AC_PL zawierają informacje techniczne oraz użytkowe. Tymczasem treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zupełnie nie odnosi się do dokumentów o takim charakterze. Owo uzasadnienie dotyczy „informacji na temat stosowanej przez Wykonawcę polityki cenowej, polityki pozyskiwania, kontraktów, polityki wewnętrznej jej przedsiębiorstwa, relacji

z kontrahentami i warunkach współpracy z nimi. Dodatkowo, pokazują w jaki sposób ABB organizują pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje”. Dalej Przystępujący wskazywał m.in., że zastrzeżone informacje dotyczą sposobu budowania strategii finansowej i cenowej oraz sposobu budowania ceny. Co znamienne, wyżej wskazane dokumenty nie zawierają cen, nie odnoszą się też do częściowych składników ceny. W świetle powyższych ustaleń za wysoce prawdopodobne należy uznać twierdzenie Odwołującego, że ABB Sp. z o.o. wykorzystała treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji z innego postępowania, gdzie zastrzeżenie dotyczyło wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przemawia za tym również fragment uzasadnienia, gdzie Przystępujący podnosi, że „możliwość dokonania utajnienia niniejszego pisma na obecnym etapie Postępowania potwierdza orzecznictwo KIO oraz Sądów Okręgowych” – po czym powołuje trzy wyroki, z których dwa dotyczą właśnie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Należy wymaga zauważenia, że Przystępujący dokonał zastrzeżenia na etapie składania oferty, wobec czego nie było koniecznym uzasadnienie możliwości zastrzeżenia informacji „na tym etapie”, jak również to, że nie „utajniał” „niniejszego pisma” a załączone dokumenty – treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była jawna. Dalej, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 28.12.2018 r., z kolei termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 30.01.2019 r., zaś Przystępujący w treści omawianego uzasadnienia wykazywał przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Stosownie podniósł w tym zakresie Odwołujący, że powołana podstawa prawna (art. 11 ust. 4 uznk), była nieaktualna już w chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu – od dnia 4.09.2018 r. definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 uznk. Okoliczność ta również wskazuje, że Przystępujący wykorzystał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone w innym postępowaniu i dotyczące innych dokumentów. Izba nie wyklucza posłużenia się takim samym uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa

w różnych postępowaniach. Jednakże o skuteczności tak dokonanego zastrzeżenia będzie decydować jego adekwatność do realiów sprawy w której jest ono składane. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa cały ciężar wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. np. wyrok KIO z 10.05.2018 r. KIO 783/18, z 16.05.2018 r. KIO 835/18, z 26.03.2018 r. KIO 451/18). Przy wykazywaniu tej okoliczności, wymaga się by wykonawca dołożył należytej staranności (por np. wyrok KIO

z 28.06.2018 r., KIO 1205/18). O braku dołożenia staranności świadczy chociażby wyżej opisane wykorzystanie uzasadnienia z innego postępowania, dotyczącego innych informacji, o zupełnie odmiennym charakterze. W ocenie Izby uzasadnienie utajnienia rzeczonych informacji sporządzone przez Przystępującego było całkowicie nieadekwatne do okoliczności postępowania i wobec tego nie można uznać, że wykazał on, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Omawiane uzasadnienie zupełnie nie koresponduje z zastrzeżonymi informacjami, o charakterze techniczno-użytkowym. Przystępujący do takich dokumentów w ogóle się nie odnosi. Co za tym idzie, wykonawca ABB Sp. z o.o. nie podjął nawet próby wykazania, że zastrzegane informacje zasługują na ochronę przysługującą tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wskazał, na przykład, że zastrzeżone informacje dotyczą rozwiązań innowacyjnych, czy stosowanych tylko przez jego przedsiębiorstwo, co przekładać się może na jego konkurencyjność. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy odnosiło się tymczasem do sposobu budowania ceny, organizacji przedsiębiorstwa, kontrahentów i relacji handlowych. Co więcej, Przystępujący nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie powołanych w uzasadnieniu zastrzeżenia okoliczności – np. umów z wskazywanymi karami umownymi, dokumentu opisującego „specjalną procedurę postępowania odnośnie informacji objętych klauzulą”, czy zobowiązań pracowników do zachowania poufności. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, nie jest wystarczającym złożenie oświadczenia, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale konieczne jest wykazanie tej okoliczności, co wiązać się może

z koniecznością złożenia dowodów (por. np. wyrok z 24.04.2018 r., KIO 637/18). Taka konieczność w ocenie Izby zaszła w niniejszej sprawie - mając na uwadze nieadekwatność uzasadnienia zastrzeżenia – być może dowody pozwoliłyby na odniesienie uzasadnienia do zastrzeżonych informacji, jak również wobec zapisu pkt 9.10 SIWZ, w którym zawarto wymóg, że celem wykazania zasadności zastrzeżenia informacji „należy przedstawić wiarygodne dokumenty, jak np. wewnętrzne procedury obowiązujące w przedsiębiorstwie, przykłady umów z kontrahentami potwierdzające ochronę poufności itp.”. W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający w treści SIWZ dokonał nawet podkreślenia pkt 9.10 – po czym, na etapie postępowania, uznał za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nieoparte żadnymi dowodami. Wymaga podkreślenia, że to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania, że utajniane informacje posiadają ww. charakter, nie istnieje domniemanie tajemnicy przedsiębiorstwa np. ze względu na ich rodzaj (por. np. wyroki z 9.07.2018 r. KIO 1234/18, z 11.01.2016 r. KIO 2786/15). Również sama informacja o oferowanych urządzeniach czy umiejętnościach ich dobru nie może *per se* być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa (por. np. wyrok z 5.01.2018 r., KIO 2652/17).

Wobec tak ustalonych okoliczności sprawy, należało uznać, że Zamawiający bezpodstawnie uznał zastrzeżenie złożonych przez wykonawcę ABB Sp. z o.o. dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa za skuteczne, tym samym naruszając zasadę jawności i przejrzystości postępowania i dopuszczając się naruszenia art. 7, art. 8 ust. 1 i 3 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Naruszenie to mogło mieć wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiało bowiem pozostałym wykonawcom weryfikację oferty ABB Sp. z o.o. Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła zgodnie z wnioskiem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Jednocześnie Izba informuje, iż nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o zasądzenie od Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego, mając na uwadze, że zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Wobec braku przedłożenia faktury bądź rachunku Izba nie mogła przedmiotowego wniosku uwzględnić.

Przewodniczący:.....