

WYROK
z dnia 25 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider),

2) INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (partner), ul. Kardynała Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor;

3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. (partner),

ul. Marecka 101, 05-220 Zielonka; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa; jednostka prowadząca

postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), 2) INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (partner), ul. Kardynała Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. (partner), ul. Marecka 101, 05-220 Zielonka; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), 2) INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (partner), ul. Kardynała Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. (partner), ul. Marecka 101, 05-220 Zielonka; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Konsorcjum Firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), 2) INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (partner), ul. Kardynała Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. (partner), ul. Marecka 101, 05-220 Zielonka; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. Wyścigowa 3 53-011 Wrocław na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa; jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący: Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych pn.: „Opracowanie projektów wykonawczych i, wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja i odbudowa częściowo nieczynnej linii kolejowej nr 182 Tarnowskie Góry - Zawiercie” przewidzianego do realizacji w ramach POIIŚ 2014-2020.” (9090/IRZR2/20750/05698/19/P); zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09.10.2019 r. pod nr 2019/S 195-474865 przez: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa; jednostka prowadząca postępowanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwana dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 21.08.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odtajnieniu informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” złożonych przez Konsorcjum Firm: 1) Track Tec Construction Sp. z o.o. (lider), 2) INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k. (partner), ul. Kardynała Wyszyńskiego 14, 59-400 Jawor; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego i Kolejowego Sp. z o.o. (partner), ul. Marecka 101, 05-220 Zielonka; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum; ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław zwane dalej: „Konsorcjum TTC” albo „Odwołującym”. Wskazano, że chodziło o pismo z dnia 26.06.2020 r.:

„• W katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa cz. 1” w plikach:

„2. kalkulacja_ceny_ofertowej.BES.pdf”

„3. oferta_perony_obiekty_mała_architektura.BES.pdf”

„4. oferta_przejścia_przejazdy_drogi.BES.pdf”

„5. oferta_obiekty_inżynieryjne_cz. 1.BES.pdf”

„6. oferta_obiekty_inżynieryjne_cz 2.BES.pdf”

„7. oświadczenie_sieć_trakcyjna_wiadukt.BES.pdf”

„8. obiekty_inżynieryjne_2.BES. pdf”

„9. oferta_kubatura.BES.pdf”

„10. sieć_trakcyjna_2.BES.pdf”

• W katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa cz.2” w plikach:

„11. oferta_elektroenergetyka_srk_sieci.Instalacje_telekomunikacja_opcja_1_opcja_2.BES.PDF”

„13. srk_teletech_energ.BES.pdf”

„14. oferta_sieci_instalacje_odwodnienie.BES.PDF”

„15. oferta_ochrona_srodowiska.BES.pdf”

„16. oferta_prace_projektowe.BES.pdf”

„17. oferta_certyfikacja.BES.pdf”

„18. oferta_geodezja.BES.pdf”

„19. kalkulacja_własna.BES.pdf”

„20. oferta_kabel_światłowod.BES.pdf”

W katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa cz.3” w plikach:

„21. oferta_kable_rury.BES.pdf”

„22. oferta_materiaty_kamienne.BES.pdf ”

„23. oferta_podkłady_podrojazdnicze.BES.pdf”

„24. oferta_rozjazdów.BES.pdf”

„25. oferta_płyty_niefazowane.BES. PDF”

„26. oferta_płyty_peronowe.BES. PDF”

„27. oferta_szyby.BES.pdf”

„28. oferta_rury_osłonowe.BES.PDF”

„29. oferta słupy.BES.PDF”

„30. oferta spawy_koszty.BES.pdf”

W katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa cz.4” w plikach:

„31. oferta palownica.BES.pdf”

„32. oferta maszyny_wózki_inny_sprzętBES.pdf”

„33. oferta_pociąg_wagony.BES.pdf”

„34. oszczędność_bliskość_zakładówLogistyka.BES.pdf”

„35. oferta transport_rozjazdów_182 sprzed aukcji.BES.pdf”

„36. oferta transport_rozjazd0w_7.BES.pdf”

„37. oferta transport_rozjazd0w_221.BES.pdf”

„38. zestawienie_wytw0rnia.BES.pdf”

„39. oferta_podkłady1.BES.pdf”

„40. oferta_podkłady2.BES.pdf”

„41. oferta_przytwierdzenia.BES.pdf”

2.Zawartych w piśmie Nr TTCW/1183/2020 z dnia 13.07.2020 r.

• W katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa” w plikach:

„Załącznik 2_Polbud-Pomorze_LK 182 wzm.podtorza p. 191-09.06.20.BES.pdf”

„Załącznik 3 Oświadczenie 2 Schweerbau.BES.pdf”(…)

3.Konsorcjum Track Tec złożyło wyjaśnienia oraz uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, w których zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa

4

przedłożone załączniki zawierające m. in. pozyskane oferty od podwykonawców i dostawców, kalkulacje kosztów własnych, zestawienie ofert materiałowych oraz zestawienie w zakresie bliskości zakładów logistyki i dostaw.

4.Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 Pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”.

5.Dalej, w myśl art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010, z późn. zm.) (dalej „uznk”): „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

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

1)są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

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

7.Powyższe zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 8 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1834/19): „Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łącznie spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którymi pod pojęciem “tajemnicy przedsiębiorstwa” rozumie się tj.: 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."

8. Istotne ze względu na stan faktyczny przedmiotowej sprawy jest też stanowisko Izby w ww. wyroku: „Nie można zgodzić się ze stanowiskiem E(I).... że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, składanych wraz z ofertą. Przeciwnie, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem zasady wynikającego z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp mają także zastosowanie w odniesieniu do dokumentów, składanych w wyniku wyjaśnień treści oferty, w tym także wyjaśnień rażąco niskiej ceny."

9. Tak też stanowi Izba w wyroku z dnia 22 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2519/18): „W przypadku składania wyjaśnień po upływie terminu składania ofert właściwym momentem do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest chwila składania wyjaśnień. Nie można bowiem żądać od wykonawców, aby do dnia złożenia ofert przewidywali fakt wezwania do złożenia wyjaśnień na etapie oceny ofert, przedmiot wezwania, czy oczekiwania zamawiającego. W przeciwnym wypadku byłoby oni zmuszeni do - z ostrożności - zastrzegania treści ewentualnych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób także pominąć, że obowiązkiem wykonawcy zastrzegającego informacje jest wykazanie, że rzeczywiście informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie byłoby oczywiście niemożliwe skoro wykonawca nie wie, przed terminem składania ofert, udzielenie jakich informacji będzie konieczne, aby sprostać wezwaniu zamawiającego."

10. Wskazania wymaga również, iż „obowiązek 'Wykazania,' o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w okolicznościach konkretnej sprawy, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie takiego stanu rzeczy." (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 maja 2019 r.; sygn. akt KIO 860/19).

11. Odnosząc się do kwestii dotyczących wymogu wykazania przez wykonawcę skuteczności zastrzeżenia informacji niejednokrotnie był rozważany przez Krajową Izbę Odwoławczą, tak też, m.in. w wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 637/18): „Zdaniem Izby z powyższej analizy wynika, że pod pojęciem 'wykazania', o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 uznk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru

zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy).

12. Celem wyjaśnienia pojęcia „wartość gospodarcza", którym posługuje się ustawodawca, należy wskazać w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), iż: „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2166/18, "nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów"

13. Zgodnie z powyższymi stanowiskami tak doktryny jak i judykatury, należy wskazać co następuje:

14. Wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa przedłożone załączniki do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, które dotyczą:

• pozyskanych ofert od podwykonawców i dostawców,

- kalkulacji kosztów własnych.
- zestawienia w zakresie bliskości zakładów logistyki i dostaw
- zestawienia ofert materiałowych

15. Wykonawca wraz wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożył oferty podwykonawców z których treści nie wynikało, że oświadczenia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, z wyjątkiem:

-oferty podwykonawczej w pliku dołączonym jako załącznik nr 12 do wyjaśnień z dnia

26.06.2020r. w katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa cz.2”

-oferty podwykonawczej w pliku dołączonym jako załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia

13.07.2020r. w katalogu pn. „Tajemnica Przedsiębiorstwa”.

16. Wykonawca wykazując przymiot wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji wskazał, iż obowiązek zachowania poufności określonych informacji w przypadku zawierania umów z podwykonawcami lub poddostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, które zostały przedstawione w ofertach, a które są jedynie właściwe dla relacji na linii członkowie Konsorcjum TracTec, a podwykonawca/poddostawca. Podkreślenia wymaga również, iż większość podmiotów, od których Wykonawca otrzymał oferty nie została wskazana zarówno w Formularzu Ofertowym, jak również w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia.

17. W ocenie Konsorcjum TracTec treść ofert podwykonawców, czy poddostawców jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty uzyskane od podwykonawców skierowane są do członków Konsorcjum. Cechy współpracy łączące dane podmioty są bowiem właściwe dla tej konkretnej relacji, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie skutkować dla relacji utrzymywanych z innymi podmiotami. Wykonawca wskazał również, iż ujawnienie treści pozyskanych ofert negatywnie wpłynęłoby na relacji utrzymywanych z danymi podmiotami.

18. Niemniej jednak, samo wykazanie wartości gospodarczej jaką posiadają dla Wykonawcy niniejsze oferty podwykonawców/poddostawców jest bardzo lakoniczne oraz ogólnikowe — co stoi w sprzeczności z najnowszą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 07 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1471/18) Izba wskazała, iż: „Kolejno należy zauważyć, że warunkiem sine qua non każdej informacji mającej stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jest przedstawianie przez nią wartości gospodarczej. Abstrahując od prezentowanego przez Konsorcjum B stanowiska, zgodnie z którym nie było zobowiązane do „załączania żadnych dowodów potwierdzających wartość gospodarczą” (tak w piśmie z 8 czerwca 2018 r., stanowiącym uzasadnienie zastrzeżenia, str. 2), nie sposób nie zauważyć, że jego argumentacja pozbawiona jest nawet wyjaśnienia na czym opiera przekonanie o wartości gospodarczej informacji zawartych w ofertach złożonych przez jego kontrahentów. Jedynym argumentem mogącym stanowić uzasadnienie tej kwestii (a zarazem jednym z niewielu argumentów użytych w uzasadnieniu zastrzeżenia w ogóle) jest stwierdzenie, że we wspomnianych ofertach zastosowano „warunki szczególne dedykowane Wykonawcy” (Ibidem). W tym przypadku zabrakło jednak wskazania na czym owe szczególne warunki miałyby polegać i na ile różnią się one od warunków proponowanych przez kontrahentów Konsorcjum B innym podmiotom zainteresowanym współpracą z nimi, ponieważ okolicznością notoryjną jest negocjowanie przez każdy podmiot gospodarczy jak najbardziej korzystnych dla siebie warunków kontraktowych.”

19. W przekazanych wyjaśnieniach Wykonawca wskazał, że zastrzeżone informacje nie były oraz nie będą ujawniane do wiadomości publicznej. Ponadto, dostęp do zastrzeżonych

8

informacji ma wyłącznie określony krąg osób wyznaczony do przygotowania kompleksowej oferty na rzecz niniejszego postępowania.

20. W tym stanie rzeczy, samo złożenie oświadczenia przez Konsorcjum Trac Tec, iż oferty podwykonawcze stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające jako spełniające wymóg skutecznego uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazano bowiem w wyroku KIO z 1 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 477/20 „zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże”. Konsorcjum nie złożyło żadnych dowodów potwierdzających, że oferty podwykonawcze winny być traktowane, jako informacje nie podlegające ujawnieniu. Dokumenty dotyczące ofert podwykonawczych, potwierdzają jedynie fakt realizacji części przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

21. Aby skutecznie zastrzec oferty podwykonawcze należy wykazać, iż podjęto co najmniej po stronie Wykonawcy

działania mające na celu ochronę tych informacji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1460/17 wskazała, iż „podkreślenia wymaga również, że sformułowanie "niezbędne" działania, którego używa ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk należy rozumieć jako działania skuteczne, w tym znaczeniu, że gwarantują one, iż informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa utrzymują swój status. W konsekwencji działania aby zostać uznane za niezbędne, muszą dotyczyć całego łańcucha osób mających dostęp do takich danych, włącznie z podwykonawcami. Przystępujący powinien zatem wykazać, że również jego podwykonawcy w sposób skuteczny zobowiązali się zachować w tajemnicy fakt współpracy z przystępującym i opisać działania, jakie w tym zakresie podjęli. Nie wiadomo zaś, w jaki sposób jest utrzymywany w tajemnicy fakt współpracy przystępującego ze wskazanymi podwykonawcami w przeszłości i obecnie”.

22. W tym samym wyroku Izba zauważyła, iż „Przystępujący (Przystępujący podmiot, który zastrzegł w ofercie informacje na temat podwykonawców, w szczególności ich nazwy oraz JEDZ podwykonawców) nie udowodnił, że jego podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko przystępujący może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji pozyskiwania podwykonawców na tynku, przykładowo, że podmioty te nie chcą nawiązywać współpracy z określonymi firmami bądź nie są jeszcze znane itp. Przystępujący nie wykazał też swej tezy, jakoby odtajnienie nazw podwykonawców w tej sprawie umożliwiło konkurentom nawiązanie współpracy z podwykonawcami. Nie wykazano bowiem, że konkurenci nie mogą się zwrócić do dotychczasowych podwykonawców

9

przystępującego w celu nawiązania współpracy. Co więcej, strony i uczestnik postępowania zgodnie utrzymywali, że podwykonawcy na tym rynku pojawiają się w ofertach przetargowych w różnych konfiguracjach i nawiązują współpracę z różnymi podmiotami, Zamawiający sam oświadczył w trakcie rozprawy, że wykonawcy korzystają z podobnych podwykonawców choć w zmieniających się konfiguracjach. Wzięto również pod uwagę, że jak wynikało z treści odwołania, odwołujący był w stanie zwykłą drogą ustalić, że dwie wskazane przez niego firmy będą podwykonawcami przystępującego. Za odtajnieniem nazw podwykonawców przystępującego przemawiała także argumentacja o hermetycznym rynku, na która powoływał się przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia i zamawiający w trakcie rozprawy. Istotą hermetycznego rynku jest wszak to, że uczestnicy takiego rynku doskonale się znają i wiedzą, kto na tym rynku czym się zajmuje. Z pewnością zaś na rynku hermetycznym znane są nazwy potencjalnych podwykonawców. Jeżeli jakiś podwykonawca przystępującego był do tej pory nieznanym, to należało ten fakt ujawnić, a podwykonawcę wymienić. W braku takiej argumentacji zamawiający nie miał podstaw aby wnioskować o odmienne. W tej sytuacji słusznie odwołujący zarzucił, że przystępujący już wcześniej przedstawił uczestnikom tynku podmioty, z którymi współpracuje, a traktowanie nazw tych firm jako informacji poufnych jest całkowicie nieuzasadnione”

23. W ocenie Zamawiającego zastrzeżone dokumenty nie posiadają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Pomimo przedstawienia szeregu działań mających na celu zachowanie niniejszych informacji w poufności wraz z dowodami, powyższe nie pozwala na stwierdzenie, iż przygotowane oferty mają charakter indywidualny oraz stanowią o wysokości otrzymanych cen specjalnych i rabatów. Wykonawca nie wykazał w jakim stopniu oferty przygotowane dla niego różnią się od ofert, które zostałyby przygotowane na rzecz innych, np. konkurencyjnych podmiotów. W takiej sytuacji trudno bezkrytycznie zgodzić się, iż zastrzeżone elementy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu warto wskazać fragment wyroku przywołanego powyżej (sygn. akt KIO 1471/18): „W tym przypadku zabrakło jednak wskazania na czym owe szczególne warunki miałyby polegać i na ile różnią się one od warunków proponowanych przez kontrahentów Konsorcjum B innym podmiotom zainteresowanym współpracą z nimi, ponieważ okolicznością notoryjną jest negocjowanie przez każdy podmiot gospodarczy jak najbardziej korzystnych dla siebie warunków kontraktowych. ”

24. W świetle powyższego należy także przytoczyć wyrok KIO z 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2440/19, w którym wyjaśniono, co należy rozumieć pod pojęciem „wykazania” przez Wykonawcę, że określone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba podkreśliła, iż „użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p.

10

sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do "wykazania", że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek "dowiedzenia", że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne

znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

25. W ocenie Zamawiającego, mając na względzie ww. okoliczności Zamawiający nie widzi podstaw tak natury prawnej, jak i faktycznej dla objęcia treści wyjaśnień Konsorcjum Trac Tec w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jak również treści dodatkowych wyjaśnień wraz z załącznikami zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na brak skutecznego waloru ich zastrzeżenia.

26. Konsorcjum Trac Tec nie wykazało, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie złożył bowiem żadnego dowodu na to, że współpraca Konsorcjum z podwykonawcami, którzy złożyli oferty handlowe, stanowi informację poufną, chronioną w szczególny sposób przed możliwością powzięcia wiadomości na temat ich współpracy przez podmioty trzecie. Nie przedłożono umowy o współpracy, a z samych ofert podwykonawczych nie wynika, iż relacja Wykonawca podwykonawca stanowi informację poufną. Z treści ofert handlowych podwykonawców nie wynika także, iż oferty są ofertami dedykowanymi wyłącznie dla Konsorcjum poprzez przyznanie rabatów czy realizację zamówienia na szczególnych, dedykowanych wyłączenie na rzecz Konsorcjum Trac Tec warunkach. Z żadnej części czy to ofert podwykonawczych czy z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum nie wynika, iż podmioty te łączy np. umowa czy inne zobowiązanie do objęcia faktu współpracy, w tym ofert podwykonawczych, szczególną ochroną.

27. W świetle powyższego należy uznać, iż dokumenty dotyczące podwykonawców nie zostały skutecznie utajnione. (...)”.

W dniu 31.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum TTC wniosło odwołanie na czynność z 21.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 31.08.2020 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odtajnienie dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Odwołującego wraz z pismami z 26.06.2020 r. oraz 13.07.2020 r., podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa; a w konsekwencji,

2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

(1) na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień Odwołującego;

(2) na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

(3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W postępowaniu złożonych zostało osiem ofert. Zamawiający przeprowadził przewidzianą w Instrukcji dla Wykonawców („JDW”) aukcję elektroniczną. W dalszej kolejności przeprowadzona została procedura wyjaśniająca w zakresie badania pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie (w trybie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a Pzp) pismem z 17.06.2020 r., na które Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 26.06.2020 r. („Wyjaśnienia 1”). Do tego pisma załączonych zostało 47 załączników, załączniki od 2 do 41 zastrzeżone zostały jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia zostało ujęte w piśmie zawierającym wyjaśnienia (które w całości pozostawały jawne). Dnia 08.07.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dalszych wyjaśnień

w kontekście rażąco niskiej ceny. Konsorcjum TTC odpowiedziało pismem z 13.07.2020 r., do którego załączono trzy dokumenty (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa „Wyjaśnienia 2”). Pismem z 21.08.2020 r. („Pismo o odtajnieniu”) Zamawiający poinformował Konsorcjum TTC o odtajnieniu załączników nr 2-11, 13-41 do

12

Wyjaśnień 1 oraz załączników 2-3 do Wyjaśnień 2. W treści niniejszego odwołania wykazane zostanie, że stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) jest nieprawidłowe. Wykazane bowiem zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie. Zanim jednak analizie poddany zostanie przepis art. 11 ust. 2 Uznk Odwołujący pragnie podkreślić, że miał (na etapie opracowywania Wyjaśnień 1 i 2) oraz ma (obecnie) świadomość znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący akceptuje również to, że dopuszczalność utajniania informacji/ dokumentów, którymi wykonawca posługuje się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być traktowana jako wyjątek od ogólnej zasady jawności. Niemniej jednak, co zdaje się pomijać Zamawiający, zastrzeżenie, którego dokonał Odwołujący nie ma charakteru generalnego i bezrefleksyjnego. Jest dokładnie odwrotnie, jak stwierdził Odwołujący. Otóż mając świadomość, że procedura przetargowa musi być prowadzona w sposób jawny i przejrzysty, szanując jednocześnie prawo innych wykonawców do oceny wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, Konsorcjum TTC zastrzegło jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie załączniki w postaci ofert podwykonawców i dostawców, kalkulacji własnych oraz zestawienie w zakresie bliskości zakładów logistyki i dostaw. Zatem nie zastrzeżono samych wyjaśnień oraz pozostałych załączników. Tymczasem już sama treść wyjaśnień, użyte w nich argumenty, przywołanie materii dowodowej stanowią materiał, w oparciu o który konkurencyjni wykonawcy mogą zająć stanowisko odnośnie prawidłowości udzielonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Widać zatem, że celem Konsorcjum TTC nie było utrudnienie innym wykonawcom zbadania czynności podejmowanych przez Zamawiającego, lecz jedynie ochrona własnych interesów. Tymczasem treść Pisma o odtajnieniu sprawia wrażenie jakby Zamawiający tę okoliczność pomijał i zrównywał analizowany przypadek z takimi, w których wykonawca ogranicza dostęp do przekazanych instytucji zamawiającej po to jedynie, aby utrudnić konkurencji możliwość przeprowadzenia oceny prawidłowości czynności podjętych w postępowaniu. Stanowisko to jest nieuzasadnione i dla Odwołującego krzywdzące. Jak zostanie wykazane poniżej, Odwołujący nie tylko wykazał spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk, ale i zastrzegł jedynie te informacje i dokumenty, które rzeczywiście zawierają dane o charakterze podlegającym ochronie, przy jednoczesnym nieutajnianiu wszelkich tych informacji, które na to nie zasługiwały. Kończąc wstępne rozważania Odwołujący wskazuje, że działania podjęte przez Konsorcjum TTC uznać należy za w pełni oddające kompromis pomiędzy dwoma dobrami, z jakimi mamy tutaj do czynienia, tj. jawnością postępowania, a z drugiej strony prawem do ochrony informacji mającej dla wykonawcy wartość gospodarczą. Uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia

13

publicznego nie musi się bowiem wiązać z przyzwoleniem na ujawnienie wszelkich szczegółów swojej działalności. Reguła ta ukształtowana została przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE i winna znaleźć pełne zastosowanie w analizowanej sprawie. Tytułem przykładu wskazać należy chociażby na wyrok Trybunału z 14.02.2008 r., sygn. akt: C-450/06: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontrydiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”. Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą.

NIEZASADNE UZNANIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO, ŻE KONSORCJUM TTC NIE WYKAZAŁO SPEŁNIENIA PRZESŁANEK Z ART. 11 UST. 2 UZNK „Wykazanie”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

W pierwszej kolejności wskazał, jakim wymogom sprostać musi wykonawca, chcąc zastrzec określoną informację, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Na gruncie procedury przetargowej istotne jest bowiem, że sam charakter danej informacji nie jest okolicznością wystarczającą z punktu widzenia spełnienia ustawowych przesłanek ochrony.

Obok istnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk konieczne jest jeszcze podjęcie przez wykonawcę określonych czynności. Dopiero po ich wykonaniu możliwe będzie objęcie danych informacji ochroną. Na marginesie wskazać warto, że do tego właśnie sprowadza się specyfika związana z tajemnicą przedsiębiorstwa na gruncie Pzp. Może się bowiem okazać, że dana informacja posiada cechy pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jeżeli wykonawca nie podejmie określonych działań, to nie będzie ona podlegała ochronie. Kluczowe zatem zarówno w kontekście obowiązków obciążających wykonawcę jak i zasadności niniejszego odwołania jest ustalenie, jakim obowiązkom sprostać musi wykonawca, aby chroniona przez niego informacja nie została ujawniona. W tym kontekście analizie poddać należy zarówno obowiązki o charakterze formalnym (tj. sposób, w jaki muszą być podejmowane czynności wykonawcy), jak i aspekt materialny (tj. sama zawartość informacji). Jeśli chodzi o kwestie formalne, to stosowane obostrzenia w tym zakresie przewiduje art. 8 ust. 3 Pzp. Po pierwsze stanowi on, że wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być ujawniane nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W przypadku natomiast procedury wyjaśniającej czy uzupełniającej stosowne

14

zastrzeżenie musi zostać poczynione w momencie przekładania zamawiającemu określonych dokumentów, na co wskazuje Zamawiający w pkt. 8 i 9 Pisma o odtajnieniu (moment, w którym wykonawca utajniający załączniki do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykazać musi istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest w niniejszej sprawie okolicznością bezsporną). Po drugie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu należy zatrzymać się na moment w celu ustalenia, jakie znaczenie dla obowiązków wykonawcy ma użycie przez ustawodawcę sformułowania „wykazać”. Analiza stanowiska Zamawiającego wyrażona w Piśmie o odtajnieniu zdaje się wskazywać, że właśnie prawidłowe odszyfrowanie pojęcia „wykazać” ma kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie. Bezsporne jest bowiem, że Odwołujący sprostął pozostałym ustawowym wymogom, tj. przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia informacji i zrobił to we właściwym momencie. Kwestią sporną pozostaje natomiast czy uczynił to we właściwy sposób. Zagadnieniu „wykazania” Zamawiający poświęcił pkt. 10 i 11 Pisma o odtajnieniu. Przywołane zostały tam dwa wyroki KIO, w których wskazano, że przez „wykazanie” rozumieć należy coś więcej niż złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z takim stanowiskiem Odwołujący się zgadza i pozostaje ono bezsporne w niniejszej sprawie. Wskazać jednak należy, że już z pierwszego z przywołanych przez Zamawiającego wyroków wynika kluczowa, w kontekście nakreślania obowiązków wykonawcy, dyrektywa, która sprowadza się do stwierdzenia, że „wykazanie” utożsamiać należy z „co najmniej uprawdopodobnieniem”. Takie rozumienie pojęcia „wykazać” zgodne jest zresztą z jego słownikową definicją. Internetowy słownik języka polskiego wskazuje, że „wykazać” to inaczej „uzewnętrznić coś”, „ujawnić istnienie czegoś”, „przedstawić coś w sposób przekonujący”. Wydaje się zatem jak najbardziej zasadne postawienie znaku równości pomiędzy „wykazaniem” i „uprawdopodobnieniem”. Z całą pewnością nie należy jednak zamiennie posługiwać się pojęciami „wykazać” i „udowodnić”. Jak wskazuje Izba w wyroku z 12.06. 2017 r., sygn. akt: KIO 1015/17: „Użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie «wykazał» należy rozumieć, jako «rzeczowo uzasadnił». Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, należy zauważyć, że przepisy Pzp, jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. W art. 8 ust. 3 Pzp taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony. W świetle przepisów ustawy Pzp

15

nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami «wykazać» oraz «udowodnić»”. Zatem obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który obiektywnie pozwoli mu uznać, że informacje te zasługują na ochronę. Przy czym nie należy zapominać, że argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec. Zależać będzie więc chociażby od tego czy dany dokument już „na pierwszy rzut oka” niesie wrażliwą informację (jak np. kierowana do wykonawcy oferta podwykonawcy) czy może jest to dokument zwyczajowo jawny (jak np. wykazy przedstawiane zamawiającemu na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu). O specyfice utajniania ofert podwykonawców (oraz kalkulacji będących pochodną tych ofert) Odwołujący

wypowie się w dalszej części odwołania. W tym miejscu warto natomiast podkreślić, że zakres owego „wykazania” zależy od tego, jakich okoliczności dotyczy. Otóż wykazanie np. podjęcia odpowiednich działań w przedsiębiorstwie w celu utrzymania określonych informacji w poufności jest stosunkowo łatwe i w tym zakresie Zamawiający ma uzasadnione prawo oczekiwać złożenia konkretnych dowodów (wykonawca, o ile rzeczywiście takie działania podjął, nie będzie miał problemu z wykazaniem tego zamawiającemu). W odniesieniu do tej przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk mamy zatem do czynienia z czymś więcej niż jedynie „uprawdopodobnieniem”. W tym zakresie bowiem wykonawcy winni wręcz „udowodnić” wykazywane okoliczności, nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiającemu przedłożono stosowne dowody odnoszące się np. do klauzul ujmowanych w umowach o pracę, wewnętrznych regulaminów, metod ochrony informacji itd. Gdyby więc w odniesieniu do tej przesłanki wykonawca jedynie „uprawdopodobniał”, niewątpliwie uznać należałoby, że nie sprostął wymogom „wykazania”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Odmienne należy natomiast ocenić dwie pozostałe przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk. Nie dotyczą one bowiem sfery formalnej, którą zrównać należy z podjęciem określonych czynności (jak okoliczność omówiona powyżej). W ich przypadku mamy bowiem do czynienia z okolicznościami negatywnymi, których wykazanie nie jest możliwe (nie da się bowiem udowodnić, że np. dana informacja nie trafiła do obiegu), względnie takimi okolicznościami, w przypadku których posłużenie się materiałem dowodowym następuje szeregu obiektywnych trudności. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku wartości gospodarczej informacji. W rzeczywistości bowiem jednoznaczne ustalenie jej wartości możliwe byłoby dopiero, gdyby udało się porównać dwa hipotetyczne, równoległe stany. Po pierwsze ten, w którym chronione przez wykonawcę informacje (np. oferty podwykonawców) nie trafiają do obiegu i wykonawca może czynić z nich użytek na własne potrzeby. Po drugie ten, w którym informacje takie jednak zostają ujawnione i zniweczona zostaje przewaga rynkowa, którą wykonawca był w stanie dzięki nim

16

wypracować. Dopiero w takim przypadku możliwe byłoby zmierzenie zakresu znaczenia gospodarczego takiej informacji. W takim przypadku możliwe byłoby również zaprezentowanie określonych dowodów (np. w postaci różnych ofert podwykonawców na ten sam asortyment lub okoliczności zaproponowania analogicznych warunków współpracy innym wykonawcom). Dopóki jednak nie zaistnieje wspomniana powyżej negatywna okoliczność (w postaci ujawnienia informacji i spowodowania negatywnych skutków) nie będzie możliwe jednoznaczne „udowodnienie” wartości gospodarczej danej informacji, a jedynie jej „uprawdopodobnienie”. Analogiczne stanowisko prezentują przedstawiciele doktryny: „Od charakteru i rodzaju informacji oraz innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy będzie natomiast zależało to, czy dla „wykazania” wystarczy jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów” (Nowicki Józef Edmund, Kolečki Mikołaj, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. IV). Szczegółowo zagadnienie to w odniesieniu do sytuacji zaistniałej w postępowaniu zostanie omówione poniżej, w tym miejscu Odwołujący jedynie wskazuje, że w swoim stanowisku Zamawiający rozróżnienie to zupełnie pominął. Kończąc wywód w zakresie rozumienia pojęcia „wykazanie” użytego przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 Pzp wskazać należy, że przywołane przez Zamawiającego na okoliczność zakresu tego pojęcia wyroki KIO, sygn. akt: KIO 637/18, KIO 860/19 w żaden sposób nie potwierdzają zasadności stanowiska Zamawiającego. Po pierwsze z tego względu, że w obu przypadkach, o których mowa w tych wyrokach mieliśmy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca zastrzegł wykazy (odpowiednio osób i robót). Zatem obowiązki związane z „wykazaniem” przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk kształtowały się w tym przypadku inaczej. Ponadto nie budzi wątpliwości, że praktyka utajniania wykazów (które przecież mają kluczowe znaczenie w kontekście oceny spełnienia warunków udziału, a dodatkowo - w przypadku wykazu robót - zawierają informacje publicznie dostępne) nosi znamiona zjawiska patologicznego i nie ma wiele wspólnego z sytuacją, w której zastrzegane są informacje takie jak np. oferty podwykonawców. Lektura orzeczenia Izby z 24.04.2018 r., sygn. akt: KIO 637/18 powinna jednak prowadzić Zamawiającego do odmiennych, od tych ujętych w Piśmie o odtajnieniu, wniosków. W wyroku tym Izba, dążąc do rozszyfrowania pojęcia „wykazanie” posługuje się analogią do pojęcia „wykazania” spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stąd zasadne, zdaniem Izby, jest odniesienie się do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Na taki zabieg interpretacyjny pozwala § 10 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. 2016.283 j.t.), zgodnie z którym do

oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami.). Otóż „wykazanie”, o którym mowa w tym akcie prawnym sprowadza się do złożenia oświadczenia oraz poparcia go stosownymi dowodami. Zatem wtedy, gdy wykonawca wykazuje, że podjął określone działania w celu zachowania informacji w poufności, jego obowiązkiem jest posłużenie się do dowodami (czego, nawiasem mówiąc, nie uczynił wykonawca w sprawie omawianej w wyroku). Jednakże, co uznać należy za kluczowe, obowiązek ten nie ma bezwzględnego charakteru. Jak stwierdza Izba: „Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne”. Można jedynie ubolewać, że Zamawiający, choć przywołał w Piśmie o odtajnieniu, powyższy fragment, nie wyciągnął z niego prawidłowych wniosków. Podsumowując ten wątek, uznać należy, że obowiązkiem wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu określonych informacji jest:

- a) złożenie oświadczenia o zastrzeżeniu ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- b) wykazanie, tj. uprawdopodobnienie, że informacje te stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą;
- c) o ile to możliwe, poparcie tych twierdzeń stosownymi dowodami.

Jak zostanie wykazane poniżej, Odwołujący sprostął tym wymaganiom, zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, informacje załączone do Wyjaśnień 1 i 2 nie powinny zostać odtajnione.

Przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa

Zakres wykazywanych przez wykonawcę informacji jest pochodną brzmienia art. 11 ust. 2 Uznk. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;
- b) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;
- c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności. W pierwszej kolejności

omówienia wymaga kluczowa przesłanka użyta przez ustawodawcę w art. 11 ust. 2 Uznk, jaką jest wartość gospodarcza informacji. Odwołujący podkreśla, że katalog informacji, które zawierać mogą wartość gospodarczą z punktu widzenia wykonawcy jest katalogiem otwartym. Zatem to jedynie wykonawca (jako podmiot domagający się ochrony określonych informacji) jest w stanie właściwie ocenić czy istotne jest dla niego utajnianie określonych dokumentów. Jeśli uzna, że dany dokument zawiera cenną dla niego informację mającą wartość gospodarczą, obowiązkiem jego jest okoliczność tę uprawdopodobnić w wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu. Nieuprawnione jest jednak twierdzenie, że brak w treści zastrzeżanego dokumentu jakiejś informacji (np. wskazania w ofercie podwykonawcy na poufny charakter informacji) stanowi automatycznie o tym, że dokument ten pozbawiony jest wartości gospodarczej. W zdecydowanej większości utajniane przez Odwołującego informacje to oferty podwykonawców i dostawców. Odnosząc się do wartości gospodarczej tych informacji Odwołujący wskazał w treści Wyjaśnień 1 i 2, że:

- a) treść tych ofert jest właściwa jedynie dla relacji członkowie Konsorcjum TTC - podwykonawca/ dostawca (oferty te skierowane są do członków Konsorcjum TTC);
- b) treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji;
- c) ujawnienie ofert mogłoby negatywnie skutkować dla relacji z innymi podmiotami;
- d) oferty podwykonawców i dostawców w najdalej idący sposób wpływają na możliwość wywiązania się z wykonania zamówienia (determinują kluczowe aspekty realizacji zamówienia).

Uzasadniając rzekome niewykazanie przez Odwołującego istnienia wartości gospodarczej Zamawiający (poza przytoczeniem obszernego, niekwestionowanego przez Odwołującego, orzecznictwa KIO) Zamawiający stwierdził, że

wadliwość uzasadnienia sprowadza się do tego, że z zastrzeganych dokumentów nie wynika, że „mają charakter indywidualny oraz stanowią o wysokości otrzymanych cen specjalnych i rabatów” (pkt 23 Pisma o odtajnieniu). Ponadto Zamawiający stwierdza: „Wykonawca nie wykazał w jakim stopniu oferty przygotowane dla niego różnią się od ofert, które zostałyby przygotowane na rzecz innych, np. konkurencyjnych podmiotów”. Argumenty, którymi posługuje się Zamawiający są niezrozumiałe, pozostają na bakier z logiką i są właściwie nie do przełożenia na praktykę. W pierwszej kolejności nasuwa się bowiem pytanie o to, w jaki sposób wykonawca może wykazać, że dane informacje (ujęte w ofertach) „mają charakter indywidualny oraz stanowią o wysokości otrzymanych cen specjalnych i rabatów”? Otóż wydawać by się mogło, że odpowiedź na to pytanie jest banalnie prosta (czego jednak nie chce dostrzec Zamawiający). Nie trzeba poddawać rynku, na którym operuje Konsorcjum TTC szczegółowej analizie, aby ustalić, że model biznesowy działających na nim podmiotów

19

jest podobny i sprowadza się do oferowania usług/ produktów/ towarów różnymi kanałami. Po pierwsze poprzez otwartą, ogólnodostępną sprzedaż. Odzwierciedleniem tego kanału są cenniki, warunki współpracy etc. dostępne na stronach internetowych czy w siedzibach tych podmiotów. Cechą charakterystyczną jest tu ustandaryzowanie szczegółów takich ofert (tj. nie są one zależne od odbiorcy - adresata oferty). Drugim, powszechnie praktykowanym kanałem dystrybucji usług/ materiałów etc. są bezpośrednie relacje, jakie łączą określone podmioty. Tego typu oferty nie mają już charakteru standardowego i dostępnego dla niesprecyzowanego ogółu podmiotów. Wręcz przeciwnie - treść tych warunków jest pochodną wzajemnych relacji, kształtowanych przez szereg specyficznych czynników, takich jak okres współpracy, przebieg tej współpracy, wspólnie zrealizowane projekty, zażyłość osób reprezentujących podmioty etc. W tym miejscu rodzi się pytanie o to, jak odróżnić czy oferta ma charakter standardowy (ogólnodostępny), a zatem nie zasługuje na ochronę od tej, którą jest właściwa jedynie dla relacji podmiotu X z podmiotem Y? Odpowiedź na to pytanie wydaje się oczywista. Tak długo, jak oceniana oferta skierowana (zaadresowana) jest do określonego podmiotu, zawiera opracowaną dla niego wycenę, tak długo traktować ją należy jako ofertę indywidualną, właściwą dla tej właśnie relacji. Nie sposób zatem zgodzić się z Zamawiającym, że z zastrzeganych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że mają one charakter indywidualny. Teza ta jest nieprawdziwa. Wszystkie oferty, które załączone zostały przez Konsorcjum TTC do Wyjaśnień 1 i 2 mają charakter indywidualny, za czym przemawiają następujące okoliczności: skierowane zostały do członków Konsorcjum TTC (względnie ich pracowników);

a) stanowią odpowiedź na indywidualne zapytania skierowane przez członków Konsorcjum TTC w związku z ofertą dotyczącą przedmiotu postępowania;

b) zawierają opracowane w kontekście postępowania wyceny zaoferowane członkom Konsorcjum TTC. Teza o braku indywidualnego charakteru ofert jest zatem nieuzasadniona. Już właśnie wadliwość stanowiska Zamawiającego w tym zakresie dowodzi zasadności odwołania. Omówione powyżej rozróżnienie doskonale widać na przykładzie oferty stanowiącej załącznik nr 28 do Wyjaśnień 1. Otóż w jej treści dostawca wprost ujął opisaną powyżej przez Odwołującego różnicę pomiędzy standardowymi ofertami, a takimi, które mają zindywidualizowany charakter. W treści oferty dostawca wskazuje na konieczność posługiwania się w ramach prowadzonej korespondencji numerem nadanym ofercie. Jak wskazuje dostawca: „Brak odpowiedniej adnotacji spowoduje przyznanie standardowych warunków handlowych”. Widać zatem jednoznacznie, że dla podwykonawców / dostawców przedkładane (zindywidualizowane) oferty wcale nie mają charakterów standardowych, wbrew temu, co twierdzi Zamawiający. Trudno również zaakceptować kolejny argument Zamawiającego, który wskazuje, że Odwołujący nie wykazał wysokości „cen specjalnych i

20

rabatów” oraz nie wykazał różnicy, jaka występuje pomiędzy uzyskanymi przez Konsorcjum TTC warunkami współpracy, a tymi, które uzyskaliby inni wykonawcy. Teza Zamawiającego świadczy o oderwaniu przeprowadzonej oceny od realiów rynkowych. Zamawiający nie rozwija w żaden sposób koncepcji, zgodnie z którą w ofertach miałyby być widoczne „ceny specjalne i rabaty”. Otóż dla zindywidualizowanych ofert kierowanych do wykonawców charakterystyczne jest to, że ujęte w nich ceny są właśnie tymi specjalnymi cenami, których oczekuje Zamawiający. Do tego właśnie sprowadza się charakter indywidualnej oferty, że zawiera ona warunki współpracy właściwe dla danej relacji (tj. uwzględniające rabaty, bonifikaty, zniżki etc. wynikające z takich okoliczności jak adresat oferty czy przedmiot inwestycji). Oczekiwanie Zamawiającego, aby w ofertach tych widoczne były „ceny specjalne” czy rabaty stanowi próbę ingerencji w treść tych

ofert, a ściślej w sposób prezentacji ujętych tam informacji. Oczywiście można sobie wyobrazić, że podwykonawca / dostawca zaprezentuje swoją ofertę w taki sposób, że wyszczególnione w niej zostaną rabaty właściwe dla jej odbiorcy, ale wyciąganie negatywnych wniosków w sytuacji, gdy oferta ta nie jest sporządzona w taki sposób jest nieuzasadnione. Za równie nieuzasadnione uznać należy twierdzenie, jakoby wykonawca utajniający pozyskaną ofertę mógł wykazać „w jakim stopniu oferty przygotowane dla niego różnią się od ofert, które zostałyby przygotowane na rzecz innych, np. konkurencyjnych podmiotów”. Odwołujący pragnie podkreślić, że odpowiedzi na tak postawione pytanie udzielić może tylko jeden podmiot.

I z całą pewnością nie jest nim adresat ofert, lecz ich autor (podwykonawca / dostawca). Odwołujący podkreśla, że ma świadomość, iż podmioty wchodzące w skład Konsorcjum TTC nie są jedynymi kontrahentami podwykonawców / dostawców, których ofertami posłużono się na etapie Wyjaśnień 1 i 2. Jednakże tak, jak warunki współpracy z Konsorcjum TTC są objęte tajemnicą i nie są znane innym podmiotom, tak też warunki, na jakich opiera się współpraca podwykonawców / dostawców z innymi kontrahentami nie są Odwołującemu znane. Do tego właśnie sprowadza się wartość gospodarcza tych informacji. Zamawiający nie chce dostrzec, że gdyby Odwołujący był w stanie wykazać czym różnią się jego warunki współpracy od warunków innych podmiotów, to w ten sposób zaprzeczyłby tezie o wartości gospodarczej takich informacji. A wartość ta sprowadza się właśnie do indywidualnego ich charakteru. Ponadto Zamawiający zdaje się pomijać, że w orzecznictwie KIO powszechnie akceptuje się utajnianie ofert podwykonawców. Odwołujący nie twierdzi, że okoliczność ta zwalnia go z obowiązku w zakresie rzetelnego wykazania ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk (w szczególności środków podejmowanych w celu ochrony tych informacji, te bowiem są całkowicie zależne od wykonawcy), niemniej jednak stanowi argument przemawiający za tezą o ujęciu w takich ofertach wartości gospodarczej. W tym miejscu

Odwołujący wskazuje na przywołane już w treści Wyjaśnień 1 i 2 wyroki KIO 289/16 oraz KIO 149/16, a także następujące, przykładowe orzeczenia:

„Informacja o danym rynku podwykonawców i zasadach współpracy z tymi kontrahentami na zasadzie indywidualnych negocjacji, wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności tego wykonawcy” (wyrok z 31.01.2020 r., sygn. akt: KIO 69/20);

„Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum” (wyrok z 17.02.2016 r., sygn. akt: KIO 149/16);

„Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców (...) na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty (...) Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów.” (wyrok z 11.02.2013 r., sygn. akt: KIO 180/13);

„Poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót branżowych (pkt F) przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców współpracujących z firmą K. S.A. od wielu lat narażałoby wykonawcę K. S.A. na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych przez podwykonawców. W robotach wycenionych „w siłach własnych” - podane wartości kwotowe umożliwiają pozyskanie przez konkurencję istotnych danych dotyczących sposobu kalkulacji przyjętego przez wykonawcę w tym zakresie. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku” (wyrok z 22.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2602/13).

Zwrócił uwagę, że w przywołanym powyżej wyroku o sygn. KIO 69/20 (który zresztą przeczy tezie Zamawiającego o rzekomej „aktualnej” linii orzeczniczej nakazującej odtajnianie ofert handlowych) Izba wskazuje na okoliczności właściwe dla załączonych przez Odwołującego do Wyjaśnień 1 i 2 ofert. Izba zwraca uwagę na

szczegółowość złożonych ofert („niejednokrotnie zawierających także pełne kalkulacje ceny za realizację danego zakresu robót”), co przemawia za ich wartością gospodarczą. W dalszej części wyroku Izba

22

konstatuje: „Ujawniona [kalkulacja ceny - przyp. Odwołujący] szerokiemu kręgowi podmiotów, które realizują podobne zamówienia, niewątpliwie może w efekcie doprowadzić do sytuacji, że wykonawca ten zostanie pozbawiony możliwości efektywnego konkutowania z innymi podmiotami z branży”. Wobec przedstawionych powyżej argumentów za nietrafione uznać należy również stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Konsorcjum TTC powinno przedstawić dowody potwierdzające, że oferty podwykonawcze powinny być traktowane jako informacje niepodlegające ujawnianiu. Trudno bowiem wyobrazić sobie, jakie miałyby to być dokumenty. Być może, skoro Zamawiający wskazuje w treści Pisma Odtajnieniu, że punktem odniesienia powinny być oferty dla innych wykonawców, oczekiwał złożenia właśnie takich dowodów. Z oczywistych względów jednak takie dokumenty nie mogły być złożone (Odwołujący nimi nie dysponuje). Zatem w zakresie wykazywania wartości gospodarczej odnoszącej się do ofert podwykonawców/ dostawców Odwołujący obiektywnie pozbawiony był możliwości posłużenia się jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi tę wartość. O dowodach w kontekście tych ofert można mówić dopiero w odniesieniu do działań podejmowanych w celu zachowania poufności dokumentów (o czym w dalszej części odwołania). Wskazania w tym miejscu wymaga, że orzecznictwo zarówno KIO, jak i sądów powszechnych odnoszące się do zastrzegania w tajemnicy ofert podwykonawców kładzie główny nacisk nie na sam charakter i znaczenie takich ofert, lecz na środki, które wykonawca przedsięwziął w celu ich ochrony. Otóż jak wskazano powyżej powszechnie przyjmuje się, że oferty podwykonawców niosą określoną wartość gospodarczą. Warto również wskazać na wyrok SO w W-wie z 17.06.2019 r., sygn. akt: XXI11 Ga 148/19 „(...) w ocenie Sądu Okręgowego tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, źródła dostaw, ceny materiałów, rabaty), informacje o podwykonawcach, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych, rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków, to bowiem stanowi zbiór danych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, stanowiąc know-how przedsiębiorcy, wpływający na sposób budowania jego oferty. Dane te mają zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (...)”. W dalszej części tego orzeczenia SO koncentruje się na kluczowym elemencie dotyczącym poprawności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, jakim jest „przedsięwzięcie czynności w celu ich ochrony, w tym poprzez właściwe wykazanie ich podjęcia”. To właśnie na tym polu wykonawca może podjąć określone środki, które powinny być wykazane

1udowodnione. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że o braku wartości gospodarczej zastrzeganych informacji świadczy to, że w treści większości ofert podwykonawców podmioty

23

te nie zastrzegły poufności tych ofert. Zamawiający nie dostrzega bowiem, że w relacji podwykonawca / dostawca - wykonawca wartość gospodarcza danej informacji czy dokumentu może przybierać dwojaką formę, tj. może podlegać ochronie z uwagi na interes tego podwykonawcy / dostawcy lub jej adresata (wykonawcy). W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć sobie na pytanie o znaczenie zastrzeżenia danej informacji przed podwykonawcą. Otóż zabieg taki świadczy jedynie to tym, że informacja ta podlega utajnieniu z uwagi na interes podwykonawcy. Jednak z punktu widzenia regulacji Pzp oraz obowiązków spoczywających na wykonawcy (wynikających z art. 8 ust. 3 Pzp) okoliczność ta nie ma kluczowego znaczenia. Owszem, w świetle intencji kontrahenta biznesowego taka treść oferty zobowiązuje wykonawcę do podjęcia działań mających na celu nieujawnianie takiego dokumentu innym podmiotom. Jednak w kontekście wyczerpania przesłanki z art. 8 ust. 3 Pzp nie ma znaczenia intencja podwykonawcy czy dostawcy lecz to, czy informacja taka stanowi wartość gospodarczą dla wykonawcy. Zatem wskazanie w treści oferty przez podwykonawcę na poufność informacji może być niewątpliwie okolicznością przemawiającą za nieujawnianiem jej innym podmiotom (po wypełnieniu przesłanek z art. 8 ust. 3 Pzp), ale brak takiego zastrzeżenia w ofercie w żaden sposób nie może przemawiać na niekorzyść wykonawcy, który chroni informacje mające wartość gospodarczą właśnie dla tego wykonawcy. Brak zastrzeżenia oferty przez podwykonawcę znaczy zatem jedynie tyle, że podmiot ten nie wyartykułował żądania w postaci nieujawniania takiej informacji. Jednak odrębnej ocenie podlegać musi czy, abstrahując od życzenia podwykonawcy, dokument taki zawiera wartość gospodarczą istotną z perspektywy wykonawcy. I czy ten wykonawca ma interes w tym, aby taką informację mimo wszystko chronić. Nawiasem mówiąc - stanowisko Zamawiającego

sprowadza się do nieuzasadnionego uproszczenia, zgodnie z którym brak wskazania w ofercie podwykonawczej na poufność informacji pozbawia wykonawcę możliwości zastrzeżenia informacji przedstawianych zamawiającemu. Tezy takiej nie da się obronić w świetle dyspozycji art. 8 ust. 3 Pzp. Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy podkreślenia wymaga, że Odwołujący wykazał, że oferty podwykonawców czy dostawców, adresowane do niego, będące odzwierciedleniem wieloletniej obecności na rynku, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem Konsorcjum TTC pozyskało korzystne, konkurencyjne oferty podwykonawców i dostawców, umożliwiające złożenie najkorzystniejszej cenowo oferty, to oczywiste jest, że Konsorcjum TTC ma prawo doszukiwać się zagrożenia dla swoich interesów w przypadku uzyskania szczegółów tych ofert przez konkurentów. Konkurencyjni wykonawcy, rywalizujący z Konsorcjum TTC na tym samym rynku, o te same zamówienia, będą bowiem dążyć w relacjach z tymi podwykonawcami do pozyskania analogicznych warunków współpracy. Widać zatem, że brak zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez podwykonawców jest okolicznością

24

niemającą znaczenia z punktu widzenia wykonawcy. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zdecydował się nie odtajnić dokumentów, które zawierają deklarację podwykonawcy / dostawcy o poufności oferty, pominał jednak, że analogiczna deklaracja zawarta została w zał. 20, 21 do Wyjaśnień 1 (które zamierza odtajnić). Odwołujący wykazał również w Wyjaśnieniach 1 i 2 ziszczenie się pozostałych dwóch przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk. Odwołujący przytoczył środki podjęte w celu zachowania informacji w poufności, tj.:

- a) zobowiązanie konsorcjantów do zachowania poufności (poparte dowodem);
- b) treść umowy konsorcjum (poparte dowodem);
- c) treść umów o pracę lidera Konsorcjum TTC (poparte dowodem);
- d) treść regulaminu pracy lidera Konsorcjum TTC (poparte dowodem);
- e) środki ostrożności podjęte przez lidera Konsorcjum TTC. Ponadto Odwołujący oświadczył, że dokumenty i informacje, które zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione i nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne. Podsumowując, Odwołujący wykazał, że stanowisko Zamawiającego wyrażone w Piśmie o odtajnieniu jest błędne. Odwołujący na etapie przedkładania Wyjaśnień 1 i 2 sprostał wszystkim wymogom, które spoczywały na nim zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 Uznk. Stanowisko Zamawiającego jest oderwane od rynkowych realiów, poza szerokim przytoczeniem niekwestionowanego przez Odwołującego orzecznictwa KIO nie wskazuje bowiem na czym polegają rzekome niedopatrzienia Konsorcjum TTC (w szczególności odnoszące się do rzekomego niewykazania wartości gospodarczej oferty podwykonawców czy dostawców).

Zamawiający w dniu 01.09.2020 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówieniu.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w szczególności wezwania (w trybie art. 90 ust. 1 oraz ust. 1a Pzp) pismem z 17.06.2020 r., na które Odwołujący odpowiedział pismem z 26.06.2020 r. („Wyjaśnienia 1”), 47 załączników, załączniki od 2 do 41 /tajemnica przedsiębiorstwa/, pisma 08.07.2020 r. gdzie Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dalszych wyjaśnień w kontekście rażąco niskiej ceny, pisma z 13.07.2020 r., do którego załączono trzy dokumenty (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, „Wyjaśnienia 2”), pisma z 21.08.2020 r. („Pismo o odtajnieniu”), gdzie Zamawiający poinformował Konsorcjum TTC o odtajnieniu załączników nr 2-11, 13-41 do

Wyjaśnień 1 oraz załączników 2-3 do Wyjaśnień 2.

Izba zaliczyła także formalnie w poczet materiału dowodowego wydruki dwóch artykułów prasowych (internetowych) złożone przez Odwołującego, choć ich wartość dla przedmiotu sporu jest znikoma.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1)art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UznK poprzez odtajnienie dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Odwołującego wraz z pismami z 26.06.2020 r. oraz 13.07.2020 r., podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa; a w konsekwencji,

2)art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalność określonych działań ze strony Zamawiającego. W ramach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 26.06.2020 r. („Wyjaśnienia 1”) Wykonawca stwierdził: „(...) zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączone do niniejszych wyjaśnień oferty podwykonawców, poddostawców oraz kalkulacje własne. W pierwszej kolejności Wykonawca podnosi, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”), aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać następujące przesłanki:

(a)informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny wskazujący na wartość gospodarczą;

(b)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

(c)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Poniżej przedstawiamy szczegółowe uzasadnienie spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk.

2.4.Wartość gospodarcza informacji

Kluczową przesłanką uznania danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest jej techniczny, technologiczny lub organizacyjny charakter. Jednocześnie ustawodawca poprzez stwierdzenie, iż status taki można nadać innej „posiadającej wartość gospodarczą” informacji, objął przysługującym przedsiębiorcom uprawnieniem do ochrony danych ich dotyczących zakres informacji właściwie nieograniczony. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 2 Uznk stanowi katalog o charakterze otwartym i od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08). Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji przepisów Uznk z dnia 5 lipca 2002 r. (na podstawie której zastąpiono istniejące dotychczas enumeratywne wyliczenie informacji mogących być uznanymi za tajemnice przedsiębiorstwa katalogiem otwartym): „W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy - autor] rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy”. Obowiązek zachowania poufności określonych informacji w przypadku zawierania umów z podwykonawcami lub poddostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, jakie widnieją w tych ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na linii członkowie Konsorcjum TTC - podwykonawca/ poddostawca. Podkreślić należy, że treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty uzyskane od podwykonawców skierowane są do członków Konsorcjum TTC. Cechy współpracy łączącej dane podmioty

są bowiem właściwe dla tej konkretnej relacji, a ich ujawnienie mogłoby negatywnie skutkować dla relacji utrzymywanych

27

z innymi podmiotami. Powyższe okoliczności oraz wpływ wycen podwykonawczych oraz wycen dostawców na kształt (w tym cenę) oferty są wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 16 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 289/16: „podmioty współpracujące - podwykonawcy można traktować, jako specyficzny know-how, unikalny pomysł na realizację zamówienia [oczywiście zgodnie z wymaganiami Zamawiającego], co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa”. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 149/16 uznając, że: „Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.” W związku z powyższym, oferty podwykonawców i poddostawców w najdalej idący sposób wpływają na możliwość wywiązania się z wykonania zamówienia zgodnie z zobowiązaniem ofertowym. Wpływają bowiem na kluczowe aspekty tegoż zobowiązania, takie jak możliwość jego realizacji za określoną cenę, w określonym terminie i w danych warunkach. Odzwierciedleniem ofert podwykonawców i dostawców są kalkulacje, opracowane przez Konsorcjum TTC na potrzeby Postępowania. Również zatem te dokumenty zasługują na ochronę.

2.5. Informacje nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępne

Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00: „Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do informacji publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”. Konsorcjum TTC oświadcza, iż wymienione powyżej informacje nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, czemu Konsorcjum TTC dało wyraz w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla osób mających do nich dostęp (oraz podjęło szereg czynności służących ich ochronie, o czym mowa w dalszej części pisma). Tym samym bezsporne jest, że nie można ich uznać

28

za powszechnie znane czy też łatwo dostępne. Wyjaśniamy, że informacje zawarte w załączonych dokumentach nie są ujawnione przez nas nie tylko poza sferę naszych przedsiębiorstw, ale nie są ujawnione wobec większości naszych pracowników, a wyłącznie osobom niezbędnym do przygotowania kompleksowej oferty. Ponadto wszyscy pracownicy spółki zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, nie dotyczących ich osobistych spraw wynikających ze stosunku pracy. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Konsorcjum TTC, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w przywołanym już wyroku „tajemnica nie traci swojego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym - kontrahenci przedsiębiorcy”. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami zwykłą, prawnie dozwoloną drogą (wykazanie, iż w taki sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do informacji pozbawia je ochrony prawnej - wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. I ACa 968/11).

2.6. Działania podjęte w celu zachowania poufności informacji

Ostatnią przesłanką warunkującą uznanie danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę działań zmierzających do zachowania jej poufności. Na wstępie zaznaczyć należy, iż ustawodawca w żaden sposób nie precyzuje form, jakie przybrać powinny zmierzające do zachowania poufności działania przedsiębiorcy. Zdaje się więc nie budzić wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorcy w kontekście art. 11 ust. 2 Uznk oceniać należy przez pryzmat celu, jaki tej normie przyświeca. Tym natomiast jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony - wyrok SN z dnia 3

października 2000 r., sygn. I CKN 304/00. W jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy poddał analizie dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk - Wyrok odnosi się do poprzedniej jednostki redakcyjnej Uznk odnoszącej się do tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4) - w kontekście spoczywających na przedsiębiorcy obowiązków i stwierdził, iż ani z treści tego przepisu, ani z całokształtu Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (zbiór europejskich standardów w zakresie uczciwej konkurencji) nie wynika, jakim działaniom ochronnym muszą zostać poddane tajemnice przedsiębiorstwa, aby można było traktować je jako poufne. Sąd Najwyższy wskazuje ponadto: „W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być <odpowiednie> (art. 11 ust. 4 Uznk), <rozsądne w danych okolicznościach> (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku” / Wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 444/06/. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór

29

takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań. Członkowie konsorcjum TTC większość portfela zleceń pozyskują z rynku zamówień publicznych, gdzie w dalszym ciągu głównym kryterium przesadzającym o wyborze jest cena. W odczuciu Konsorcjum TTC jest rzeczą oczywistą, że informacje handlowe, gospodarcze i technologiczne decydujące o uzyskaniu najkorzystniejszej ceny muszą mieć charakter poufny i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyżej wskazane informacje pozyskane przez inne firmy zmniejszyłyby konkurencyjność członków Konsorcjum TTC w innych przetargach. Otoczenie konkurencyjne wyeliminowałoby takie podmioty z rynku, gdyby jego unikalna wiedza o konkretnym biznesie stała się publiczna i dostępna dla każdego. Skutki takiego działania naraziłyby na szkodę interes spółek i w konsekwencji także wszystkich pracowników przez te spółki zatrudnionych. Podmioty wchodzące w skład Konsorcjum TTC już na etapie przygotowywania oferty zobowiązały się do przestrzegania reguł poufności, czego wyrazem jest zobowiązanie podpisane przez każdy z tych podmiotów (zał. 42, 43, 44 - oświadczenia wszystkich konsorcjantów). Stosowne postanowienie w tym zakresie umieszczone zostało także w zawartej umowie konsorcjum (zał. 46 - fragment umowy konsorcjum). Niezależnie od tego, Konsorcjum TTC informuje, że lider konsorcjum - Track Tec Construction Sp. z o.o., będący pełnomocnikiem konsorcjum i podmiotem odpowiedzialnym za przekazywanie wszelkich dokumentów Zamawiającemu, stosuje rygorystyczne reguły wewnętrzne związane z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz z obrotem tymi informacjami. Umowy o pracę zawierane przez Track Tec Construction Sp. z o.o. zawierają klauzulę poufności o brzmieniu: „W czasie trwania niniejszej Umowy, jak również po jej zakończeniu Pracownik zobowiązuje się do nie ujawniania i nie przekazywania informacji Spółki oraz Pracodawcy stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki i pracodawcy, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W okresie obowiązywania zakazu, o którym mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być udostępnione innym osobom jedynie za zgodą Rady Nadzorczej Spółki i Zarządu Spółki - bez takiej zgody zaś - jedynie w przypadkach, gdy wymaga tego obowiązujące prawo i tylko w niezbędnym zakresie”, (zał. 46 - fragment umowy o pracę). Podobne zastrzeżenia o poufności zawarł pracodawca w „Regulaminie pracy”, który traktuje ujawnienie dokumentów i informacji poufnych jako ciężkie naruszenie obowiązków pracownika (zał. 47 - fragment „Regulaminu pracy”). Ponadto, dokumentacja zawierająca „wrażliwe” informacje jest przechowywana w formie papierowej i zabezpieczona jest w zamykanych na klucz szafach, bądź (z reguły) w formie elektronicznej i wówczas zabezpieczona jest na serwerze firmowym. Budynek, w którym znajdują się dokumenty objęte jest systemem alarmowym.

30

monitoringiem i zdalną ochroną. System plików oparty jest o bazy danych i dostęp do niego jest możliwy tylko poprzez odpowiednie oprogramowanie. Oprogramowanie to umożliwia podgląd i edycję plików dokumentacji tylko zalogowanym użytkownikom. Każdy użytkownik posiada indywidualny login oraz hasło, a dostęp do dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest zróżnicowany w zależności od zajmowanego stanowiska. Ponadto, zgodnie z polityką firmy taka dokumentacja stanowi know-how i jest zawsze opatrywana klauzulą poufności. Należy również zwrócić uwagę na fakt, iż wszelkie informacje tego typu są regularnie zastrzegane w ofertach składanych w toku postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Jak wynika z powyższego wszystkie przesłanki, o których mowa w treści art. 11 ust. 2 Uznk zostały spełnione, co czyni ochronę utajnionych przez Konsorcjum TTC informacji zasadną. Upublicznienie ich może narazić Konsorcjum TTC na bliżej nieokreślone straty. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie wydostają

się poza spółkę, z wyjątkiem tych, które musimy ujawniać zamawiającym w związku z udziałem w przetargach publicznych. Dlatego też, w obawie przed ujawnieniem informacji o znaczeniu gospodarczym, zawartych w wyjaśnieniach i załączonych do wyjaśnień dokumentach oraz możliwością zapoznania się z tymi informacjami przez konkurencję, zastrzegamy te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W naszej ocenie, informacje zawarte w załączonych dokumentach mają istotne znaczenie gospodarcze, i Konsorcjum TTC podjęło działania niezbędne do zachowania ich poufności. (...)”

W ramach pisma z 13.07.2020 r., do którego załączono trzy dokumenty (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, „Wyjaśnienia 2”, przedstawił analogiczne uzasadnienie z odwołaniami do uzasadnienia z pisma z 26.06.2020 r.

Jednocześnie, Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu stwierdził co następuje: „(...) 1. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 21 sierpnia 2020 r. w zakresie dotyczącym odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, z zastrzeżeniem, iż w dniu 24 września 2020 r. Zamawiający skierował od Odwołującego pismo w przedmiocie dotyczącym utrzymania jako tajemnica przedsiębiorstwa niektórych ofert podwykonawczych.

2. W ocenie Zamawiającego uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, było na tyle ogólne i lakoniczne, iż nie zasługiwało na to, aby Odwołujący korzystał z dobrodziejstwa zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa.

3. Należy wskazać, iż sposób kalkulacji ceny jest właściwy dla danego wykonawcy składającego ofertę, jednakże elementy cenotwórcze, które wynikają wprost z treści oferty nie powinny zasługiwać na szczególną ochronę. Co więcej ponownego podkreślenia

31

wymaga, iż ze złożonych dokumentów nie wynika, iż oferty podwykonawcze mają charakter indywidualny. Odwołujący składając wyjaśnienia nie wykazał tej przesłanki.

4. Próba odpowiedzi na powyższe została ujęta dopiero w odwołaniu. Wskazać należy, iż Odwołujący dopiero na etapie postępowania odwoławczego rozważał kwestie „w jaki sposób wykonawca może wykazać, że dane informacje (ujęte w ofertach) „mają charakter indywidualny oraz stanowią o wysokości otrzymanych cen specjalnych i rabatów”? Otóż wydawać by się mogło, że odpowiedź na to pytanie jest banalnie prosta (czego jednak nie chce dostrzec Zamawiający). Nie trzeba poddawać rynku, na którym operuje Konsorcjum TTC szczegółowej analizie, aby ustalić, że model biznesowy działających na nim podmiotów jest podobny i sprowadza się do oferowania usług/ produktów/ towarów różnymi kanałami. Po pierwsze poprzez otwartą, ogólnodostępną sprzedaż. Odzwierciedleniem tego kanału są cenniki, warunki współpracy etc. dostępne na stronach internetowych czy w siedzibach tych podmiotów. Cechą charakterystyczną jest tu ustandaryzowanie szczegółów takich ofert (tj. nie są one zależne od odbiorcy - adresata oferty). Drugim, powszechnie praktykowanym kanałem dystrybucji usług/ materiałów etc. są bezpośrednie relacje, jakie łączą określone podmioty. Tego typu oferty nie mają już charakteru standardowego i dostępnego dla niesprecyzowanego ogółu podmiotów. Wręcz przeciwnie - treść tych warunków jest pochodną wzajemnych relacji, kształtowanych przez szereg specyficznych czynników, takich jak okres współpracy, przebieg tej współpracy, wspólnie zrealizowane projekty, zażyłość osób reprezentujących podmioty etc. W tym miejscu rodzi się pytanie o to, jak odróżnić czy oferta ma charakter standardowy (ogólnodostępny), a zatem nie zasługuje na ochronę od tej, którą jest właściwa jedynie dla relacji podmiotu X z podmiotem Y? Odpowiedź na to pytanie wydaje się oczywista. Tak długo, jak oceniana oferta skierowana (zaadresowana) jest do określonego podmiotu, zawiera opracowaną dla niego wycenę, tak długo traktować ją należy jako ofertę indywidualną, właściwą dla tej właśnie relacji”.

5. W ocenie Zamawiającego powyższe należy ocenić jako spóźnioną próbę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wdając się w szczegóły, ani też ocenę powyższych wyjaśnień, należy wskazać, iż winny one znaleźć odzwierciedlenie w składanych wyjaśnieniach na etapie prowadzonej z Zamawiającym korespondencji co do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawierało bowiem odniesienia się warunków indywidualnych. Wskazać przy tym należy, iż nie jest rzeczą Zamawiającego poszukiwania modelu biznesowego danego podmiotu, ani też poszukiwania jakimi kanałami pozyskiwane są usługi, produkty czy też towary. Informacje w tym zakresie posiada wyłącznie dany wykonawca i wykonawca ten składając wyjaśnienia uzasadniające zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa winien przedstawić je Zamawiającemu.

6. Jak wskazano w wyroku KIO sygn. akt KIO 545/19 „na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki”.

7. Należy także wskazać, iż Zamawiający w żaden sposób nie ingeruje, jak również nie oczekuje „aby w ofertach (podwykonawczych) widoczne były ceny specjalne czy rabaty”. Sposób wykazania, iż oferty podwykonawcze stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi autonomiczną decyzję Wykonawcy. Jednakże skoro Wykonawca powołuje się na fakt długoletniej współpracy, a w związku z tym indywidualnym charakterem ofert, to okoliczność ta winna być wykazana w przeciwnym razie stwierdzenia takie należy traktować jako gołosłowne.

8. Co więcej, fakt długoletniej współpracy z podwykonawcami czy poddostawcami, winien być w sposób szczególny chroniony zarówno przez Odwołującego, jak i jego podwykonawców czy poddostawców. Wydaje się, iż w interesie tych podmiotów winno leżeć wykazanie, iż przekazywane między nimi informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże jak wielokrotnie podkreślał Zamawiający, powyższe winno być wykazane najpóźniej ze złożeniem dokumentów. Złożenie w tym zakresie gołosłownych twierdzeń nie może zasługiwać na aprobatę, co do zasadności utrzymania powyższych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

9. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 501/20 wskazała, iż w „ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.”.

10. Podkreślenia wymaga, iż samo wskazanie wartości gospodarczej jaką posiadają dla Odwołującego oferty podwykonawców jest bardzo lakoniczne oraz ogólnikowe - co stoi w sprzeczności z najnowszą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej. W zakresie dotyczącym podwykonawstwa wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia

33

3 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2339/19, w którym wskazała, iż „informacje te będą jawne po zawarciu umowy, zatem zastrzeżenie ich wyłącznie na potrzeby postępowania zmierzającego do zawarcia tej umowy nie może być skuteczne. W ocenie Izby nie została wykazana również wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Za niewystarczające należy uznać opieranie przekonania o wartości gospodarczej danej informacji wyłącznie na ogólnych pozbawionych uzasadnienia danych wskazanych przez wykonawcę. Informacje podawane przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia muszą być obiektywnie możliwe do weryfikacji, a nie wynikać z subiektywnego przekonania wykonawcy”.

11. Nawet gdyby uznać za prawidłowe twierdzenie Odwołującego, iż „w zakresie wykazywania wartości gospodarczej odnoszącej się do ofert podwykonawców/ dostawców Odwołujący obiektywnie pozbawiony był możliwości posłużenia się jakimikolwiek dowodami potwierdzającymi tę wartość”, to okoliczność ta nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania wartości gospodarczej tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie Odwołujący na etapie składania wyjaśnień winien wykazać, wartość gospodarczą wynikającą z ofert podwykonawców czy poddostawców. Odwołujący zaniechał przeprowadzenia analizy w powyższym zakresie.

12. Z powyższego względu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy ocenić przez pryzmat wyroku KIO z 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 365/20, iż „ogólnikowe i enigmatyczne wywody poprzedzające właściwe wyjaśnienia nie wykazują żadnej konkretnej wartości gospodarczej, są typową nowomową stosowaną przez wykonawców dla uzasadnienia utajnienia całych dokumentów w sytuacji, gdy nie są w stanie zidentyfikować informacji, które rzeczywiście mają dla nich wartość gospodarczą”.

13. W tym stanie rzeczy trudno uznać, iż Odwołujący wykazał, że złożone przez niego wyjaśnienia mają wartość gospodarczą. Należy wskazać w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1626/19; 1628/19), iż: „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski.
..

14. Wobec powyższego Zamawiający nie znalazł podstaw uzasadniających utrzymanie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami w przedmiocie rażąco niskiej ceny, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stąd też odwołanie nie powinno zasługiwać na uwzględnienie. (...)."

Jednocześnie, Zamawiający podczas rozprawy 25.09.2020 r. przedstawił pismo z 24.09.2020 r., w ramach którego zmienił swoją czynność z 21.08.2020 r. dotyczącą informacji zawartych w piśmie z 26.06.2020 r. w takim zakresie jedynie, że utrzymał tajemnice przedsiębiorstwa tych kilku ofert podwykonawców, które zawierały w takiej, czy innej formie klauzule poufności (załącznik nr 17, 20, 21, 28 oraz 32). W pozostałym zakresie oraz w zakresie informacji zawartych w piśmie z 13.07.2020 r. pozostawił bez zmian.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie do zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu, gdyż generalnie nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że brak zastrzeżenia w ofertach podwykonawców nie może stanowić podstawy do ich odtajnienia. Izba stoi na stanowisku, że skoro Odwołujący, jak stwierdził na rozprawie bierze udział w postępowaniu i konkuruje, a nie podwykonawca, to tym bardziej powinno zależeć mu na tym, aby takie zastrzeżenie znajdowało się w ofercie podwykonawcy, gdyż samo złożenie oświadczenia przez Odwołującego, że oferty podwykonawców stanowią tajemnice przedsiębiorców jest niewystarczające, albowiem Odwołujący nie jest dysponentem, czy też autorem informacji w nich zawartych. Izba zgadza się, że także generalnie oferty podwykonawców mogą stanowić jego wartość gospodarczą, ale winien to Wykonawca udowodnić. Izba jednoznacznie wskazuje, że istnieje potrzeba udowodnienia, także w zakresie wartości gospodarczej przychyła się w tym zakresie do wyroku KIO wyroku KIO z 07.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1471/18, jak i generalnie konieczności dowodzenia (wykazania) wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa za wyrokiem KIO z 13.03.2018 r., sygn. akt: KIO 315/18; (...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego Wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia /okoliczność takich ograniczeń przywołana/ co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Albo złożony w ograniczonym zakresie - fragmentu, wyciągu, pierwsza strona, bez podania danych osobowych, z klauzulą poufności. Izba podnosi za wyrokiem KIO z 10.03.2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16: „Dla prawidłowego wykazania, o którym mowa w tym przepisie, nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd. Na konieczność wykazania jednoznacznie wskazywano w toku prac nad znolizowaniem tego przepisu m.in. podczas prac podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia: poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych - plik wideo z 21.03.2014 r. - plik wideo z 10.VII.2014r.", czy też wyrokiem KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 477/20; (...) zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże". Izba podkreśla, że taką podstawą może być informacja w ofertach podwykonawców o szczególnych relacjach łączących podwykonawcę z Odwołującym, czy też niestandardowym charakterze ceny zawartej w ofercie podwykonawcy (w zakresie tej ostatniej kwestii w wyroku KIO z 07.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1471/18). Analiza ofert podwykonawców powyższe potwierdza wskazując przykładowo, że oferta podwykonawcy (załącznik nr 7 do pisma z 26.06.2020 r.) zwraca uwagę na ścisłe relacje, z kolei oferta (załącznik nr 23, 24, 35 i 39 do pisma z 26.06.2020 r.) odsyła do ogólnych warunków, co jest niejednoznaczne w swej wymowie, gdyż może, ale nie musi wskazywać na niestandardowy charakter cen, inne oferty (załącznik nr 36 i 37 do pisma z 26.06.2020 r.) mają charakter mieszany /część niestandardowy, inne to ceny

standardowe/. Część ofert ma zastrzeżenia nakazujące bardzo ściśle wykładnie oferty /na zasadzie nic ponadto, co w jej treści - załącznik nr 33 do pisma z 26.06.2020 r./. W pozostałym zakresie brak jest podstaw do uznania, że nie są to zwykłe oferty handlowe, które nie są wiążące i tracą ważność z upływem terminu z nich wynikającego. Izba podkreśla, że generalnie brak takiej klauzuli poufności jest czynnikiem uprawniającym do jej odtajnienia, stąd też jeśli z niektórych z nich, ale nie wszystkich wynika specjalnych charakter, lub ściśle relacje, to nie zostało to przypieczętowane taką klauzulą poufności. Izba nie podziela zupełnie stanowiska Odwołującego, że taka klauzula świadczy raczej o braku zaufania niż o długoletnich relacjach. Wielokrotnie, przez lata, Izba spotyka się z twierdzeniami przeciwnymi podczas wielogodzinnych rozpraw. Jeśli bowiem, są to oferty dedykowane pod kątem danego postępowania, mające wartość gospodarczą, to takie zastrzeżenie jest elementem newralgicznym. Nie przedstawienie dowodu faktu takiej współpracy, czy specjalnych cen, takiego np. jak przywołane powyżej w połączeniu z brakiem takiego zastrzeżenia, nie daje podstawy do uznania, że taka informacja stanowi wartość gospodarczą w kontekście danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba podkreśla że kwestia klauzuli lub jej braku była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19, gdzie także stwierdzono (str. od 31 do 32 uzasadnienia), że wyjaśnienie tajemnicy przedsiębiorców dotyczyło jedynie danego podmiotu, a nie jego kontrahentów. Stwierdza się tam także, że

36

sama klauzula, to za mało, gdyż Wykonawca winien wykazać, że taka informacja od podmiotu zewnętrznego ma charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazując wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK. Nie można traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych jego kontrahenta, nie wykazując w sposób jednoznaczny, że warunkują zaangażowanie się w przedsięwzięcie pod warunkiem zachowania w tajemnicy udostępnienia wykazanych usług i dostaw (podobnie wyrok KIO z 06.02.2019 r., sygn. akt: KIO 131/19, wyrok KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 260/19, wyrok KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19, albo wyrok cytowany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 28.07.2017 r., sygn. akt: KIO 1460/17).

Na znaczenie klauzuli poufności wskazują także przedstawiciele doktryny (za wyrokiem KIO z 24.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1550/18) - Stanisław Sołtysiński, (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab., Janusz Szewaj, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”.

Nie można traktować danych jego kontrahenta jako tajemnicę przedsiębiorstwa, który nie traktuje ich jako swojej tajemnicy przedsiębiorstwa. Inaczej mówiąc, jeżeli podwykonawcy nie zależy na zachowaniu takich informacji, jakie są zawarte w ofertach podwykonawców, to nie mogą stanowić one tajemnicy przedsiębiorstwa. Dysponentem tych informacji jest podmiot będący ich źródłem. Jeżeli byłoby tak jak w wyroku KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19, że część ofert podwykonawców miała klauzule poufności, ale nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę, podwykonawcy służy roszczenie odszkodowawcze.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu, w konsekwencji oddaleniu wcześniejszego zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący: