Sygn. akt: KIO 2018/21

KIO 2048/21

WYROK

z dnia 27 lipca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Członkowie: Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną** z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków:

A.w dniu 5 lipca 2021 roku w sprawie sygn. akt KIO 2018/21

B.w dniu 7 lipca 2021 roku w sprawie sygn. akt KIO 2048/21

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa za którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie** al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn

orzeka:

1.Oddala odwołania w sprawach sygn. akt KIO 2018/21 i KIO 2048/21;

2. Kosztami postępowania w sprawach KIO 2018/21 i KIO 2048/21 obciąża **Strabag Spółka z ograniczoną** z siedzibą w Pruszkowie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od wniesionych odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt: KIO 2018/21 KIO 2048/21

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy pr11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 – dalej: „ustawa Pzp" lub „p.z.p.") postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1) Roboty w zakresie nakładek, remontów cząstkowych i oznakowania poziomego dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w podziale na 4 zadania, numer referencyjny: O/OL.D-3.2412.3.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00062796,

2)Rozbudowa skrzyżowania drogi krajowej nr 51 koło miejscowości Dywity, numer referencyjny: O/OL.D-3.2412.1.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00033382.

W obydwu ww. postępowaniach Zamawiający uznał za bezskuteczne zastrzeżenie przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do analogicznych dokumentów złożonych przez tego wykonawcę w ramach procedury samooczyszczenia, informując o tym ww. wykonawcę odpowiednio w terminie 29 czerwca 2021 r. i 2 lipca 2021 r.

Na powyższe czynności w terminach ustawowych wykonawca Strabag Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania tj. 5 lipca 2021 r. w postępowaniu na roboty w zakresie nakładek, remontów cząstkowych i oznakowania poziomego dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w podziale na 4 zadania (sygn. akt KIO 2018/21) i 7 lipca 2021 r. w postępowaniu na rozbudowę skrzyżowania drogi krajowej nr 51 koło miejscowości Dywity (sygn. akt KIO 2048/21).

W obydwu odwołaniach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 1, 2 i 3 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: „u.z.n.k.") w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w zakresie dokumentów:

a)Zał. nr 2.1 sc Lublin.BES.pdf

b)Zał. nr 2.1 Załącznik RW_01_2021_6Q.BES.pdf

c)Zał. nr 2.2 sc Jeziorany.BES.pdf

d)Zał. nr 2.1.1 Analiza przyczyn wykluczenia Strabas Sp. z o.o. z oddz. Olsztyn.BES.pdf

e)Zał. nr 2.2.2 Organigram biura Strabag Sp. z o.o. w Olsztynie.BES.pdf

f)Zał. nr 2.2.3 Polecenie zmiany stanowiska p. A. W.BES.pdf

g)Zał. nr 2.3 S.C. Andrespol – zał. 1._2021.05.10.BES.pdf

h)Zał. nr 2.3.1 Protokół Komisji Ad Hoc_13.04.21.BES.pdf

i)Zał. nr 2.3.2 Wniosek o szkolenie z PZP.BES.pdf

j)Zał. nr 2.3.3 Organigram kadry oddziału PK DD stan na dzień 06.07.2020 r..BES.pdf

k)Zał. nr 2.3.4 schemat organizacyjny PKDD 01_02_2021pdf.BES.pdf

l)Zał. nr 2.3.5 Oświadczenie Dyrektorów PK-DD.BES.pdf

m)Zał. nr 2.3.6 RW_03_2021_6Q.BES.pdf

n)Zał. nr 2.3.7 RW_02_2021_6Q.BES.pdf

o)Zał. nr 2.3.7.1 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.pdf

p)Zał. nr 2.3.7.2 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.pdf

r)Zał. nr 4. Lista osób.BES.pdf

s)Zał. nr 5 Wytyczne koncernu w sprawie korzystania z technologii IT.BES.pdf

t)Zał. nr 5.1 Polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.BES.pdf

u)Zał. nr 5.1 RW_04_2017_6Q.BES.pdf

podczas gdy, zdaniem Odwołującego, w sposób skuteczny wykazał on, że ww. zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsekwencji doprowadzenie do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 11 ust. 1 u.z.n.k;

2) art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zasady przejrzystości polegające na dokonaniu badania i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania, a stanowiących podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, w sytuacji, gdy w pkt 10.1 Tomu 1 Rozdziału 1 SWZ Zamawiający wyraźnie określił, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, a zatem nie powinien również badać ani poddawać ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z nimi związanego mimo ich złożenia przez Odwołującego, z uwagi na fakt prowadzenia w konsekwencji przez Zamawiającego postępowania w sposób nieprzejrzysty i sprzeczny z pkt 10.1 SWZ, a co skutkuje podjęciem nietransparentnych działań w stosunku do wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1) zabronienie Zamawiającemu odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania,

2) na podstawie art. 545 ust. 3 p.z.p. ograniczenie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy z uwagi na fakt, że udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że w pkt 16.9 Tom I Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający poinformował, iż zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa miały być załączone na Platformie w osobnym pliku z oznaczeniem „Tajemnica przedsiębiorstwa". Zgodnie z informacją z pkt 10 oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca zastrzegł załącznik (plik .zip) SELFCLEANING – zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa, w którym znajdowały się następujące dokumenty:

- pismo przewodnie + zastrzeżenie tajemnicy. BES,

- Zał. Nr 1 – Self Cleaning – Część jawna v10.05.2021.BES

- Zał. nr 2.1 sc Lublin. BES

- Zał. nr 2.1 Załącznik RW_01_2021_6Q.BES

- Zał. nr 2.2 sc Jeziorany. BES

- Zał. nr 2.1.1 Analiza przyczyn wykluczenia Strabas Sp. z o.o. z oddz. Olsztyn. BES

- Zał. nr 2.2.2 Organigram biura Strabag Sp. z o.o. w Olsztynie. BES

- Zał. nr 2.2.3 Polecenie zmiany stanowiska p. A. W. BES

- Zał. nr 2.3 S.C. Andrespol – zał. 1._2021.05.10.BES

- Zał. nr 2.3.1 Protokół Komisji Ad Hoc_13.04.21.BES

- Zał. nr 2.3.2 Wniosek o szkolenie z PZP.BES

- Zał. nr 2.3.3 Organigram kadry oddziału PK DD stan na dzień 06.07.2020 r .BES.

- Zał. nr 2.3.4 schemat organizacyjny PKDD 01_02_2021pdf.BES.

- Zał. nr 2.3.5 Oświadczenie Dyrektorów PK-DD.BES.

- Zał. nr 2.3.6 RW_03_2021_6Q.BES.

- Zał. nr 2.3.7 RW_02_2021_6Q.BES.

- Zał. nr 2.3.7.1 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.

- Zał. nr 2.3.7.2 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.

- Zał. Nr 3 Kodeks Etyczny. BES

- Zał. nr 4. Lista osób. BES.

- Zał. nr 5 Wytyczne koncernu w sprawie korzystania z technologii IT.BES.

- Zał. nr 5.1 Polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. BES.

- Zał. nr 5.1 RW_04_2017_6Q.BES.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dalej „Zastrzeżenie Tajemnicy", przedstawił w załączeniu dokument pod nazwą: „Informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy pzp w celu udowodniania, że Strabag sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp", złożony z dwóch części:

I.Części 1 pn. Wskazanie przypadków, w których Strabag Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004r. (tj. Dz.U nr 2019 poz. 1843 z późn. zm.)

II.Części 2 zawierającej osobny dla każdego z przypadków o których mowa w części 1 opis działań podjętych przez Strabag Sp. z o.o. w związku z wykluczeniem, a mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przyszłość.

Odwołujący stwierdził, ze z treści Zastrzeżenia Tajemnicy wynika, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są:

a)dokumenty zawierające osobny dla każdego z przypadków, o których mowa w części 1, opis działań podjętych przez Strabag Sp. z o.o. w związku z wykluczeniem, a mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przyszłość wraz z wymienionymi w nich załącznikami, tj. dokumenty, o których mowa w pkt 1 lit. a)-p) zarzutów odwołania (dalej: „Dokumenty Self-Cleaning");

b)lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty, tj. dokument, o którym mowa w pkt 1 lit. r) zarzutów odwołania;

c)wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych, tj. dokumenty, o których mowa w pkt 1 lit. s)-u) zarzutów odwołania

Oznacza to, że Odwołujący nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do Zastrzeżenia Tajemnicy oraz informacji zawartych w pliku Zał. Nr 1 – Self Cleaning – Cześć jawna v10.05.2021.BES.pdf i pliku Zał. Nr 3 Kodeks Etyczny.BES.pdf. Zamawiający jednak podjął czynność (dalej: „Czynność Zamawiającego") polegającą na odtajnieniu ww. pozostałych plików zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, informując że skutek ten nastąpi odpowiednio w dniu 6 lipca 2021 r. (sprawa sygn. akt KIO 2018/21 i 8 lipca 2021 r. (sprawa KIO 2048/21). Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje zasługują na ochronę i uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest błędne w tym zakresie, a Odwołujący w sposób skuteczny wykazał, że ww. zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym Zamawiający usiłując doprowadzić do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 11 ust. 1 u.z.n.k.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał badania złożonych przez Odwołującego dokumentów w zakresie stanowiącym przedmiot odwołania. Zgodnie z pkt 10.1 Tom I Rozdział 1 SWZ, Zamawiający wskazał, że będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W zakresie dokumentów zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, a objętych odwołaniem, Zamawiający nie powinien zatem badać ani poddawać ocenie tych dokumentów, jako stanowiących podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w rozumieniu art. 110 ust. 2 p.z.p., nie stanowiących zarazem podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 274 p.z.p., Zamawiający może bowiem wezwać do złożenia podmiotowych środków dowodowych wyłącznie, jeśli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W realiach przedmiotowej sprawy, Zamawiający w sposób wyraźny określił, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący przywołał art. 18 ust. 3 p.z.p oraz w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz wskazał, że obowiązkiem wykonawcy, który dokonuje zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do określonych dokumentów czy informacji jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co Odwołujący uczynił. Zdaniem Odwołującego skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania, tj. wykazał łączne spełnienie przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 p.z.p. i art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wskazał bowiem, że w realiach postępowania zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa regulacje wewnętrzne przedsiębiorstwa (regulaminy, rozporządzenia, procedury), informacje o audytach przeprowadzonych celem weryfikacji ich stosowania, organigramy obowiązujące w przedsiębiorstwie oraz dane na temat struktury zatrudnienia i osób zatrudnionych w poszczególnych jednostkach organizacyjnych jak też prowadzonej polityki kadrowej. Odwołując podniósł, że jako całość z informacjami przedstawionymi w pkt II Zastrzeżenia Tajemnicy, stanowią one zbiór danych o działaniach podjętych w ramach procedury self cleaning, o której mowa w art. 110 p.z.p. Informacje te stanowią informacje o organizacji przedsiębiorstwa, sposobie jego działania czy strukturze wewnętrznej, które z punktu widzenia przywołanej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa klasyfikować należy jako informacje o charakterze organizacyjnym. Z Zastrzeżenia Tajemnicy w sposób wyraźny wynika zatem, ze Odwołujący traktuje treść dokumentów, co do których zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, jako zbiór danych.

Następnie Odwołujący stwierdził, że w pkt 9 lit. b) Czynności Zamawiającego, Zamawiający wskazuje, że w jego ocenie nie wynika, które konkretne fragmenty zastrzeżonych dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że brak jest w Zastrzeżeniu Tajemnicy odniesienia się do poszczególnych dwudziestu dokumentów wraz z wyjaśnieniem, jakie elementy ich treści Odwołujący uznał za tajne i dlaczego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał w tym zakresie

błędnej wykładni Zastrzeżenia Tajemnicy, a także błędnej wykładni art. 11 ust. 2 u.z.n.k., który określa przesłanki uznania informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący w sposób wyraźny oznaczył na str. 3 Zastrzeżenia Tajemnicy, że traktuje zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty, o których mowa w pkt 1 lit. b), d)-f), h)-p) zarzutów odwołania (dalej: „Załączniki Self-Cleaning"), a także informacje przedstawione w dokumentach, o których mowa w pkt 1 lit. a), c), g) zarzutów odwołania (dalej: „Opis Self-Cleaning"), stanowiące opis działań podjętych przez Odwołującego w związku z wykluczeniem, a mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przyszłość, jako całość i zbiór danych o działaniach podjętych w ramach procedury self cleaning, o której mowa jest w art. 110 p.z.p. Dokumenty te pozostają bowiem w stosunku do siebie we wzajemnym kontekście, wynikają z siebie lub bezpośrednio nawiązują do siebie w swojej treści. Opis konkretnego przypadku przedstawiony w dokumentach, o których mowa w pkt 1 lit. a), c), g) zarzutów odwołania, wskazuje w sposób oczywisty, jakie działania podejmował Odwołujący w ramach procedury self cleaning w odniesieniu do każdego przypadku, a załączniki do tych dokumentów ujawniają z kolei konkretne procedury i regulacje wewnętrzne w przedsiębiorstwie Odwołującego oraz informacje w zakresie podjętych na ich podstawie działań. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób nieuprawniony żąda odniesienia się do poszczególnych fragmentów dokumentów, skoro wyraźnym zamiarem Odwołującego jest zastrzeżenie ich w całości i w takim też zakresie jednolicie uzasadnia konieczność ich utajnienia w Zastrzeżeniu Tajemnicy. W ocenie Odwołującego zarówno przywołany art. 11 ust. 2 u.z.n.k., jak też art. 18 ust. 3 p.z.p. nie nakładają na podmiot zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązku oznaczania fragmentów dokumentów, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, tym bardziej jeśli wykonawca zastrzega dany dokument jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa w całości i wykazuje (udowadnia) skuteczność takiego zastrzeżenia w rozumieniu ww. przepisów. Definicja zawarta w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. wyraźnie potwierdza, w ślad za definicją ujętą w Porozumieniu w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Porozumienie to zostało opublikowane w załączniku do Dziennika Ustaw z 1996 r. Nr 32, poz. 143, jako załączników ratyfikowanego przez Rzeczpospolitą Polską Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu; dalej: „TRIPS") oraz w dyrektywie 2016/943, że tajemnicą przedsiębiorstwa może być również zbiór informacji, które jakkolwiek samodzielnie są powszechnie znane osobom z danej branży, to jednak zebranie ich w określonym zestawieniu może tworzyć nową, wymierną wartość gospodarczą. Taki zbiór informacji w razie podjęcia przez właściciela stosownych działań w celu zachowania go w tajemnicy uzasadnia objęcie go ochroną. W tym zakresie za celne należy uznać tezy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13.02.2014 r., V CSK 176/13, OSG 2014, Nr 9, poz. 64 oraz apr. Gl. M. Salamonowicza [zob. M. Salamonowicz, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, s. 101–108], w którym Sąd Najwyższy wskazał w uzasadnieniu wyroku w szczególności, że: „[…] okoliczność, że jeden z elementów [procesu produkcyjnego – przyp. Aut.], art. konstrukcja urządzenia, jest łatwy do poznania na podstawie informacji powszechnie dostępnych dla osób, które zazwyczaj się tym zajmują, nie pozbawia przedsiębiorcy możliwości objęcia całego procesu poufnością".

Odwołujący zauważył, że Zamawiający podnosi również w pkt 9 lit. c) i d) Czynności Zamawiającego, że w jego ocenie z Zastrzeżenia Tajemnicy nie wynika, jaką konkretną wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje, a także, iż nie wynika, w jaki sposób konkurenci Odwołującego mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami. Natomiast w zakresie wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa, Odwołujący wykazał, że: „Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się w możliwości ich wykorzystania w walce konkurencyjnej, co w obecnym stanie prawnym nabiera szczególnego znaczenia, jako że przeprowadzenie procedury self cleaning w zw. z zaistnieniem zdarzeń opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 jest w ogóle warunkiem konkurowania przez wykonawcę w postępowaniach, w których Zamawiający przewidział tę przesłankę. Wykorzystanie informacji zastrzeżonych przez Strabag Sp. z o.o. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez innego wykonawcę daje mu wiedzę pozwalającą na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków wynikających ze znajomości wewnętrznego sposobu organizacji firmy konkurencyjnej, co w świetle poglądów orzecznictwa stanowi o ich wartości gospodarczej. Jako całość stanowi zaś swoiste know how jak przeprowadzać procedurę samooczyszczenia i jak przedstawić ją w ofercie. Informacja jest nie tylko przydatna, ale w określonych sytuacjach konieczna dla prowadzenia działalności gospodarczej".

W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że dokumenty Self-Cleaning, a w szczególności Załączniki Self-Cleaning składają się w szczególności z rozporządzeń wewnętrznych Odwołującego, na podstawie których Odwołujący przyjął w swoim przedsiębiorstwie konkretne procedury w zakresie procesu samooczyszczenia, o którym mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p., polegające zarówno na podjęciu konkretnych środków i wewnętrznych procedur mających na celu zapobieżenie powstania sytuacji mogących skutkować wykluczeniem z postępowania, nałożeniu obowiązków na pracowników przygotowujących oferty i realizujących umowy o zamówienia publiczne, jak i sposób postępowania w razie wystąpienia okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także stosowne wzory dokumentów służące skutecznemu dokonaniu procedury samooczyszczenia i spełnieniu wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p. Treść informacji stanowiących Dokumenty Self-Cleaning Odwołującego pozwalałaby zatem zaoszczędzić wydatki czy przysporzyć zyski konkurencyjnym wykonawcom, którzy uzyskaliby w ten sposób nieodpłatnie wiedzę i gotowe procedury oraz wzory postępowania na temat skutecznego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w ich własnych przedsiębiorstwach. W ten sposób konkurencyjne przedsiębiorstwa nie musiałyby ponosić wydatków w celu przeprowadzenia audytów wewnętrznych, zatrudniać firmy przygotowującej procedurę samooczyszczenia w ich przedsiębiorstwie lub opracować podobną skuteczną procedurę własnymi siłami, skoro otrzymałyby gotowe rozwiązania opracowane przez Odwołującego. Wartość gospodarcza Dokumentów Self-Cleaning nie musi być zatem wskazana kwotowo, lecz może polegać na możliwości uzyskania przez firmy konkurencyjne wiedzy wynikającej ze znajomości wewnętrznego sposobu organizacji firmy konkurencyjnej, a co umożliwi im zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków, co w świetle poglądów orzecznictwa stanowi o ich wartości gospodarczej. Nie sposób wobec powyższego podzielić stanowiska Zamawiającego, że z Zastrzeżenia Tajemnicy nie wynika, jaką konkretną wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje – jest wręcz przeciwnie, Odwołujący w sposób wyraźny i konkretny wykazał konkretną wartość gospodarczą. Wbrew stanowisku Zamawiającego przesłanki określone w art. 110 ust. 2 p.z.p. nie opisują szczegółowej procedury postępowania w celu samooczyszczenia, lecz jedynie określają ogólny i niewyczerpujący kierunek działań, które wymagają wdrożenia i opracowania w każdym przedsiębiorstwie. Art. 110 ust. 2 p.z.p. zawiera zatem jedynie wskazówki co do możliwych do podjęcia działań w zakresie samooczyszczenia, natomiast przygotowane przez Odwołującego Załączniki Self-Cleaning zawierają implementację pomysłu Odwołującego na skuteczną procedurę self-cleaning, tj. gotowe rozwiązanie. Zarazem, jako instytucja prawna funkcjonująca w obecnym kształcie od stycznia 2021 r., warunkująca możliwość wzięcia udziału w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 710 p.z.p., instytucja samooczyszczenia nie ma jeszcze powszechnie wykształconej praktyki u wykonawców, co wymusza niejako posiłkowanie się w tym zakresie doradztwem firm zewnętrznych w zakresie opracowania oraz stosowania takiej procedury. Usługi takich firm są co do zasady odpłatne, a zatem firma uzyskująca dostęp do Dokumentów Self-Cleaning Odwołującego mogłaby uniknąć wydatków w tym celu i przejąć do stosowania procedury Odwołującego we własnym

przedsiębiorstwie, natomiast korzystając równocześnie z dokumentów stanowiących Opis Self-Cleaning uzyskałaby wiedzę na temat konkretnego wykorzystania tych informacji w zakresie określonych rodzajowo przypadków. W ten sposób wiedza uzyskana przez konkurencyjne przedsiębiorstwa na temat Dokumentów Self-Cleaning Odwołującego mogłaby doprowadzić do przysporzenia zysków tych firm, które przeprowadzałyby następnie procedurę samooczyszczenia na tej samej zasadzie co Odwołujący w ich własnych przedsiębiorstwach, a w konsekwencji składali w oparciu o powyższe informacje oferty w postępowaniach o zamówienie publiczne, w wyniku których zawieraliby umowy na wykonanie zamówień publicznych. W ten sposób podmioty te dokonywałyby czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 11 ust. 4 u. z.n.k., tj. poprzez wykorzystanie informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa Odwołującego, mających wartość gospodarczą, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których Odwołujący podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Powyższe skutkowałoby wykorzystaniem tych informacji w walce konkurencyjnej, w której konkurencyjni wykonawcy wykorzystujący informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, za pomocą tych samych informacji dowodziliby zamawiającemu, że nie podlegają wykluczeniu w rozumieniu art. 110 ust. 2 p.z.p., a także iż podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p. są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, zgodnie z art. 110 ust. 3 p.z.p. Powołując się na przywołane orzecznictwo Odwołujący stwierdził, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej.

W odniesieniu do pkt 9 lit. e) Czynności Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazał, że w jego ocenie w Zastrzeżeniu Tajemnicy Odwołujący nie wyjaśnił, które dokumenty / dowody pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzenia, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty, Odwołujący stwierdził, że takie stanowisko jest sprzeczne z faktyczną treścią Zastrzeżenia Tajemnicy. Odwołujący wskazał w Zastrzeżeniu Tajemnicy na str. 4-5 wskazał, że: „W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywania ofert składanych w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarzadzania dokumentami uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami. Wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji: wprowadził w swojej organizacji obowiązkowe zachowanie w poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa, ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawnienia informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem, powołał pełnomocnika art. bezpieczeństwa, zajmującego się art. nadzorem nad przestrzeganiem Kodeksu Etycznego, w tym zasad poufności, wprowadził wytyczne dotyczące korzystania technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych, wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Etycznego, udostępnił na stronie www.strabag.pl Kodeks Etyczny, zapewniając jednocześnie swoich kontrahentów o przestrzeganiu przez pracowników koncernu STRABAG SE zasad poufności w zakresie informacji mogących leżeć w interesie jego klientów. Odwołujący powołał się na klauzulę 2.4 Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE, stanowiącego załącznik nr 3 do Zastrzeżenia Tajemnicy. Zgodnie z jego treścią, „tajemnice dotyczące firmy i tajemnice handlowe należy traktować poufnie. Dotyczy to również innych informacji, których poufne traktowanie leży w interesie zarówno firmy STRABAG jak i jej kontrahentów i klientów. Informacji tych nie należy ujawniać osobom nieupoważnionym bez uprzedniej zgody osoby uprawnionej do zniesienia klauzuli poufności. Zobowiązanie to pozostaje w mocy po ustaniu stosunku pracy lub po zakończeniu każdego innego stosunku umownego". Jednocześnie, Odwołujący wskazał, że „stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. Zgodnie z treścią §1 załącznika nr 5 Zastrzeżenia Tajemnicy, „wszystkie osoby świadczące pracę na rzecz Spółki oraz osoby współpracujące stale lub czasowo ze Spółką na podstawie umów innych niż umowa o pracę, w szczególności kadra zarządzająca, w tym dyrektorzy, kierownicy, pracownicy, osoby działające na zlecenie Spółki lub na podstawie jej umocowania oraz osoby współpracujące ze Spółką na stałe lub okazjonalnie, stażyści, praktykanci i konsultanci mają obowiązek zaznajomienia się z niniejszą Procedurą i stosowania wszystkich jej postanowień przez cały okres trwania stosunku pracy lub stosunku o innym charakterze łączącego te osoby ze Spółką, a także po jego ustaniu". §2 tego dokumentu opisuje z kolei, jakie informacje Odwołujący traktuje jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa, a §5 określa sposób ochrony tych informacji oraz nałożonych w tym celu obowiązków na pracowników i współpracowników.

W ocenie Odwołującego wyjaśnił w sposób wyraźny w Zastrzeżeniu Tajemnicy, które dokumenty / dowody pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzenia, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty, na dowód czego Odwołujący powołał klauzulę 2.4 Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE (plik Zał. Nr 3 Kodeks Etyczny.BES.pdf), a także dokumenty Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych (Zał. nr 5.1 Polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.BES.pdf) oraz Rozporządzenie wewnętrzne RW_04_2017_6Q Polityka bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa (Zał. nr 5.1 RW_04_2017_6Q.BES.pdf).

W odniesieniu do pkt 9 lit. f) Czynności Zamawiającego, gdzie Zamawiający wskazał, że w jego ocenie z Zastrzeżenia Tajemnicy nie wynika, dlaczego informacja o pracownikach określona w pliku „Zał. Nr 4. Lista osób.BES.pdf" powinna stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że uzasadnił powyższe wskazując, iż dokument ten zawiera dane osobowe pracowników Odwołującego, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez Odwołującego i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty. Należy wskazać, że Odwołujący wyjaśnił, iż również taką informację traktuje jako zbiór danych o zespole osób przygotowującym ofertę, a w zakresie przygotowania oferty ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawnienia informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem. W ocenie Odwołującego, informacja ta również ma wartość gospodarczą, gdyż ujawnia osoby, które faktycznie odpowiadają u Odwołującego za przygotowanie oferty oraz sporządzenie kalkulacji, tj. znają założenia kalkulacyjne Odwołującego oraz strategię ofertowania, a co przekłada się na złożenie oferty o konkretnej wartości i umożliwia Odwołującemu pozyskanie zamówienia. Uzyskując taką wiedzę, konkurencyjne przedsiębiorstwa mogłyby usiłować pozyskać tych pracowników Odwołującego w celu uzyskania know how Odwołującego w zakresie strategii składania ofert. W tym zakresie zatem niewątpliwie informacja przedstawiona w

pliku „Zał. Nr 4. Lista osób.BES.pdf" stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zarazem, Odwołujący powziął opisane wyżej kroki w celu zachowania poufności tych informacji. Powołując się na przywołane orzeczenia Odwołujący stwierdził, że wartością chronioną jest również informacja o pracownikach, których zatrudnia wykonawca, co jest podyktowane zamiarem ochrony przed nieuczciwymi praktykami konkurencji, mogącymi w szczególności prowadzić do przejęcia współpracowników lub pracowników przez firmy konkurencyjne.

W odniesieniu do pkt 9 lit. g) Czynności Zamawiającego, dotyczącego dokumentu Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych [załącznik nr 5] oraz Rozporządzenie wewnętrzne RW_04_2017_6Q Polityka bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa [załącznik nr 5.1], gdzie Zamawiający podał, że w jego ocenie z Zastrzeżenia Tajemnicy nie wynika, dlaczego ww. dokumenty mają stanowić tajemnice przedsiębiorstwa, Odwołujący podniósł, że wskazał w Zastrzeżeniu Tajemnicy, iż są to dokumenty stanowiące know how Wykonawcy, który obejmuje wypracowany system przekazu informacji umożliwiający zachowanie bezpieczeństwa i poufności przekazywanych danych. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowników Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy, a także – jak Odwołujący wskazał we wcześniejszej części Zastrzeżenia Tajemnicy oraz odwołania, wynika także z klauzuli 2.4 Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE, stanowiącego załącznik nr 3 do Zastrzeżenia Tajemnicy, a także Zgodnie z treścią §1 i §3 załącznika nr 5 Zastrzeżenia Tajemnicy.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, w którym Zamawiający wskazuje, że przywołanie w Zastrzeżeniu Tajemnicy przepisów, poglądów doktryny oraz orzecznictwa KIO i Sądów w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie przyczyniają się do wykazania zasadności zastrzeżenia informacji. Odwołujący przytoczył bowiem ww. treść jako dodatkowe, pomocnicze argumenty potwierdzające stanowisko Odwołującego w zakresie faktu możliwości uznania danego rodzaju informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, a także skuteczności dokonanego zastrzeżenia, za każdym razem zestawiając poszczególne poglądy doktryny lub orzecznictwa z konkretnym przypadkiem zastrzeżonej informacji, mającym miejsce w kontekście przedstawianej argumentacji. W ocenie Odwołującego, zarzut Zamawiającego w tym zakresie jest nieuprawniony, szczególnie, że sam w treści Czynności Zamawiającego powołuje się na szereg orzeczeń, których jednak nie przekłada na stan faktyczny sprawy.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie Czynność Zamawiającego narusza zasadę prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zasadę przejrzystości, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. W pkt 10.1 Tomu I Rozdziału 1 SWZ, określono że: „Zamawiający będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia". Mimo powyższego, Zamawiający dokonał oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania, a stanowiących podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Odwołujący przedstawił wyżej wskazane informacje w związku z koniecznością udowodnienia Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 10 ust. 2 p.z.p., a zatem nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10 p.z.p. W ocenie Odwołującego, informacje i dowody w tym zakresie Odwołujący był zobowiązany przekazać Zamawiającemu przy składaniu oferty i z własnej inicjatywy, nie zaś w drodze wezwania Zamawiającego. Mimo zatem przedstawienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, Zamawiający nie powinien był badać i poddawać ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy w pkt 10.1 Tomu 1 Rozdziału 1 SWZ Zamawiający wyraźnie określił, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty wymagałoby bowiem niedokonywania takiej oceny z uwagi na treść pkt 10.1 SWZ. Skoro zatem Zamawiający zastrzegł, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, to tym bardziej nie powinien dokonywać badania i oceny tych podmiotowych środków dowodowych, a także odnoszącego się do nich zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Działanie takie skutkuje bowiem podjęciem nietransparentnych działań w stosunku do wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a także naraża na szkodę Odwołującego. Jak wskazuje się w doktrynie, zasada przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów ustawy u.z.n.k. Zgodnie z art. 3 z.n.k. „czynem nieuczciwej konkurencji" jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Art. 11 ust. 1 u.z.n.k. precyzuje z kolei, że czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W odniesieniu do przedmiotowego postępowania, Czynność Zamawiającego zmierzająca do ujawnienia informacji zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez wywołanie czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 11 ust. 1 u.z.n.k.

Pismem z 26 lipca 2021 r. Zamawiający, wskazując, iż oba odwołania w zakresie zarzutów opierają się o ten sam stan faktyczny i prawny, wniósł wspólną odpowiedź na ww. odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w stosunku do złożonych dokumentów ustawowych przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadniając swoje stanowisko w odniesieniu do pozostałych dokumentów złożonych przez Odwołującego z uwzględnieniem treści tych dokumentów.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podtrzymał w całości swoją argumentację zawartą w pismach informujących o odtajnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa (pismo z 26.06.2021 r., znak: O/OL.D-3.2412.3.2021.6 oraz pismo z 2.07.2021 r., znak: O/OL.D-3.2412.1.2021.10). Zamawiający stwierdził m.in., że Zastrzeżenie Tajemnicy ma charakter uniwersalny, pasuje do każdego zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca Strabag sp. z o.o., ani w treści pisma określonego w odwołaniu jako Zastrzeżenie Tajemnicy, ani w odwołaniu nie odniósł się do konkretnych elementów utajnionych dokumentów, pomimo, że wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje wypełniają ustawową definicję tej tajemnicy. Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia na podstawie argumentów wykonawcy. Treść zastrzeganych dokumentów ma drugorzędne znaczenie. Zamawiający, podał, że oprócz Zastrzeżenia Tajemnicy, przeanalizował również poszczególne zastrzeżone dokumenty, i ustosunkował do tych dokumentów, wskazując m.in., w odniesieniu do dokumentu w pliku Zał. nr 2.1 sc Lublin.BES.pdf,że w zawierającym 12 stron dokumencie, ponad 10 stron to opis stanu faktycznego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, postępowania odwoławczego przed KIO oraz stanowiska SO w Lublinie. Odnosząc się z kolei do dokument w pliku Zał. nr 2.2 sc Jeziorany. BES, wskazał m.in., że zawierającym 6 stron dokumencie, 5 z nich to opis stanu faktycznego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz postępowania odwoławczego przed KIO. Już z tej przyczyny informacje te

nie powinny być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. W Zastrzeżeniu Tajemnicy, oprócz ogólnego odwołania się do tajnego charakteru wszystkich zastrzeżonych dokumentów, brak jest konkretów uzasadniających dlaczego poszczególne dokumenty zawierają dane uzasadniające objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Również braki w wykazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający podniósł odnośnie dokumentu w pliku Zał. nr 2.3 SC Andrespol - zał. 1._2021.05.10.BES.pdf, - „Zał. nr 2.3.1 Protokół Komisji Ad Hoc_13.04.21.BES.pdf, Zał. nr 2.3.1 Protokół Komisji Ad Hoc_13.04.21.BES.pdf oraz Zał. nr 2.3.5 Oświadczenie Dyrektorów PK-DD.BES.pdf, wskazując, że Odwołujący nie chce ujawniać informacji wskazujących na błędy popełnione w toku jednego z postępowań przetargowych, podkreślając, że jest różnica pomiędzy informacjami, które w subiektywnej ocenie Strabag sp. z o.o. powinny zostać tajne, a informacjami, które obiektywnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Za dane stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa nie sposób za to uznać informacji w pliku Zał. nr 2.3.2 Wniosek o szkolenie z PZP.BES.pdf, Zał. nr 2.3.3 Organigram kadry oddziału PK DD stan na dzień 06.07.2020r..BES.pdf, Zał. nr 2.3.4 schemat organizacyjny PKDD 01_02_2021pdf.BES.pdf, Zał. nr 2.3.6 RW_03_2021_6Q.BES.pdf, Zał. nr 2.3.7 RW_02_2021_6Q.BES.pdf, Zał. nr 2.3.7.1 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.pdf oraz Zał. nr 2.3.7.2 do zał. nr 8 RW_02_2021_6Q z dnia 16-02-2021.BES.pdf.

Zamawiający podniósł m.in., że w Zastrzeżeniu Tajemnicy w sposób ogólny Odwołujący odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Wskazał, że stanowi ją możliwość wykorzystania ich w walce konkurencyjnej. Walka konkurencyjna jest elementem działalności każdej firmy. Nie każda informacja, którą można wykorzystać w walce konkurencyjnej musi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkiem Strabag było wykazanie konkretnych przesłanek potwierdzających, że zastrzeżone informacje faktycznie mają wartość gospodarczą. Nie było przeszkód, aby Odwołujący przykładowo wskazał wydatki jakie poniósł na przygotowanie informacji dotyczących procedury samooczyszczenia. Mogłyby one obrazować wielkość środków, które mogą zaoszczędzić potencjalni konkurenci poznając zastrzeżone informacje. Działanie takie było możliwe skoro sam Odwołujący pisze, że instytucja samooczyszczenia nie ma jeszcze powszechnie wykształconej praktyki u wykonawców, a co wymusza niejako posiłkowanie się w tym zakresie doradztwem firm zewnętrznych w zakresie opracowania oraz stosowania takiej procedury. Usługi takich firm są co do zasady odpłatne, a zatem firma uzyskująca dostęp do Dokumentów Self-Cleaning Odwołującego mogłaby uniknąć wydatków w tym celu i przejąć do stosowania procedury Odwołującego we własnym przedsiębiorstwie, natomiast korzystając równocześnie z dokumentów stanowiących Opis Self-Cleaning uzyskałaby wiedzę na temat konkretnego wykorzystania tych informacji w zakresie określonych rodzajowo przypadków.

Zamawiający zwrócił uwagę, że do postępowania odwoławczego nie przyłączył się żaden z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienie (w postępowaniu nr O/OL.D-3.2412.3.2021 było 8 ofert, łącznie z ofertą Odwołującego, a w postępowaniu nr O/OL.D-3.2412.1.2021 były 4 oferty, łącznie z ofertą Odwołującego). W ocenie Zamawiającego fakt ten wskazuje, że konkurenci Strabag sp. z o.o. nie są zainteresowani poznaniem zastrzeżonych informacji. Stawia to również pod znakiem zapytania tezę Odwołującego o wartości gospodarczej tych informacji, jako takich, które inne firmy na rynku wykorzystają do walki konkurencyjnej. Odwołujący nie wyjaśnił także, jak znajomość wewnętrznego sposobu organizacji jego firmy pozwoli konkurentom na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków, w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Zamawiający zauważył również, ze Odwołujący wskazuje brzmienie klauzuli 2.4. Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE, jako dowód potwierdzający, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Jak wynika z treści Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE, jest to zbiór pożądanych zasad, którymi powinni się kierować pracownicy koncernu. Wskazano w nim między innymi, że Kodeks Etyczny służy kompleksowemu przedstawieniu zasad wspólnych dla firmy STRABAG, naszej kadry menadżerskiej oraz dla naszych pracowników. Nasz Kodeks ma zapobiegać popełnianiu błędów i popierać omówione poniżej wartości i zasady. Określone w Kodeksie zasady mają jedynie charakter ogólnych ram. Trudno zatem uznać, że poprzez przywołanie treści klauzuli 2.4. Kodeksu etycznego – Zasad postępowania STRABAG SE Odwołujący wykazał, że jego pracownicy mają prawny obowiązek zachowania tajemnicy w stosunku do pewnego rodzaju informacji.

Następnie Zamawiający zauważył, że o zakwalifikowaniu danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie decyduje subiektywna wola Odwołującego, lecz obiektywny fakt spełniania przez daną informację ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zawarł z GDDKiA szereg umów o zamówienie publiczne. Ze swej istoty nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ są jawne w oparciu o przepisy o dostępie do informacji publicznej. Na stronie internetowej Strabag można także znaleźć informacje o kontrahentach, i to zarówno publicznych (np. GDDKiA) , jak i prywatnych (np. SMAY).

W Zastrzeżeniu Tajemnicy Odwołujący uzasadniał, że lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zawiera ona dane osobowe pracowników Spółki, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez Wykonawcę i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty. W odwołaniu Strabag sp. z o.o. rozszerza wyjaśnienia i wskazuje, że informacja ta również ma wartość gospodarczą, gdyż ujawnia osoby, które faktycznie odpowiadają u Odwołującego za przygotowanie oferty oraz sporządzenie kalkulacji, tj. znają założenia kalkulacyjne Odwołującego oraz strategię ofertowania, a co przekłada się na złożenie oferty o konkretnej wartości i umożliwia Odwołującemu pozyskanie zamówienia. Uzyskując taką wiedzę, konkurencyjne przedsiębiorstwa mogłyby usiłować pozyskać tych pracowników Odwołującego w celu uzyskania know-how Odwołującego w zakresie strategii składania ofert. W Zastrzeżeniu Tajemnicy Strabag nie wykazał, że lista osób spełnia ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wyjaśnił jakiego rodzaju są to informacje (techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje). Nie wykazał, że lista posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. W ocenie Zamawiającego próbę wykazania tego na etapie odwołania należy uznać za spóźnioną. Poza tym Strabag upatruje wartości gospodarczej w tym, że lista ujawnia osoby, które faktycznie odpowiadają u Odwołującego za przygotowanie oferty oraz sporządzenie kalkulacji, tj. znają założenia kalkulacyjne Odwołującego oraz strategię ofertowania, a co przekłada się na złożenie oferty o konkretnej wartości (…)". Zamawiający stoi na stanowisku, że hipotetyczna obawa przed podkupieniem pracowników nie jest przesłanką do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Przywołanie przez Strabag kwestii założeń kalkulacyjnych oraz strategii ofertowania stawia pod znakiem zapytania cel złożenia takiej listy wraz z Zastrzeżeniem Tajemnicy. Odwołujący utajnia dokumenty związane z procedurą samooczyszczenia, a nie sposób szacowania oferty. Oznacza, to że złożona lista jest nieprzydatna z punktu widzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia informacji dotyczących samooczyszczenia. Nadto Strabag nie wykazał w Zastrzeżeniu Tajemnicy, jakie środki zostały podjęte w celu zachowania listy osób w tajemnicy. W zakresie osób wskazanych na liście, Zamawiający zwrócił uwagę, że wymienia ona m.in. osoby ujawnione w KRS Spółki, osoby o których informacje dostępne są w Internecie, osobę podpisująca ofertę czy pełnomocnika, którego pełnomocnictwo zostało załączone do oferty oraz osoby wskazane w ofertach, jako osoby do kontaktu ze strony Strabag. Odwołujący nie może zastrzegać jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które są powszechnie znane albo łatwo dostępne. Z Zastrzeżenia Tajemnicy nie wynika

również, że pozostałe osoby z listy zostały skutecznie zobowiązane do nieujawniania swojego miejsca zatrudnienia i zakresu obowiązków.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania Zamawiający m.in. stwierdził, że jest on bezzasadny, a postępowanie Zamawiającego. było prawidłowe.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności postępowania. Nakłada to na zamawiającego obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca dokonujący takiego zastrzeżenia zdołał wykazać, że faktycznie jest ono zasadne. Bez znaczenia jest tu rodzaj zastrzeganych informacji lub charakter dokumentów. Dokumenty zastrzeżone przez Strabag nie są podmiotowymi środkami dowodowymi. W ocenie Zamawiającego, bazując na treści art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, dokumenty obejmujące samooczyszczenie wykonawcy stanowią inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu. Stosownie do przepisu art. 128 ust. 6 ustawy Pzp rodzaje podmiotowych środków dowodowych zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej rozporządzenie). Brak jest w rozporządzeniu dokumentów obejmujących procedurę samooczyszczenia. Informacje zastrzeżone przez Odwołującego miały na celu wykazanie, że Strabag nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia jedynym podmiotowym środkiem dowodowym na potwierdzenie tych okoliczności jest oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, stosownie do pkt. 10.1 SWZ, nie wzywał i nie będzie wzywał Odwołującego do złożenia takiego podmiotowego środka dowodowego. Postępowania, w których złożył ofertę Odwołujący, prowadzone są w trybie podstawowym. Z przepisu art. 273 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że wykonawca wraz z ofertą ma złożyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Po stronie zamawiającego rodzi to obowiązek weryfikacji – na podstawie samego oświadczenia lub ewentualnie dodatkowo w oparciu o podmiotowe środki dowodowe – czy wykonawca faktycznie nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazał w nim, że w stosunku do Strabag zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, podjąłem środki naprawcze, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, tj.: w załączeniu przedstawiamy dokument pn. „Informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy pzp" w celu udowodniania, że Strabag Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp.

Nadto w ocenie Zamawiającego zarzut Odwołującego jest niespójny i pozostaje w sprzeczności z działaniami podjętymi przez Strabag. W toku postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący wskazuje, że podlega wykluczeniu, ale wdrożył procedurę samooczyszczenia, a zatem Zamawiający nie powinien go wykluczać z postępowania. W odwołaniu Strabag zarzuca Zamawiającemu, że mimo zatem przedstawienia przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, Zamawiający nie powinien był badać i poddawać ocenie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy w pkt 10.1 Tomu 1 Rozdziału 1 SWZ Zamawiający wyraźnie określił, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Gdyby Zamawiający zaniechał oceny dokumentów dotyczących samooczyszczenia, to Odwołujący podlegałby wykluczeniu z postępowania skoro sam stwierdził, że zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia. Brak weryfikacji tych dokumentów stanowiłby także naruszenie przez Zamawiającego art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis obliguje Zamawiającego do oceny skuteczności samooczyszczenia Odwołującego. Oznacza to, że Zamawiający miał nie tylko prawo, ale obowiązek zweryfikowania dokumentów złożonych przez Strabag.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Odwołującego w postaci: oświadczenia CML Construction Services Sp. z o.o. z dnia 26 lipca 2021 r. dotyczącego kosztów zleconej temu podmiotowi przez Strabag Sp. z o.o. w ramach obsługi prawnej czynności koniecznych do wykazania samooczyszczenia, zestawienia kosztów pracy Biura Kontrolingu Technicznego (2 osoby) - SELF-CLEANING, zestawienia kosztów pracy Biura Digitalizacji - SELF-CLEANING.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, że może uzyskać zamówienie w przypadku, gdy wykonawcy, których oferta zostanie oceniona wyżej przez Zamawiającego, nie złożą w terminie podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 274 ust. 1 p.z.p. lub nie potwierdzą one spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu. Zarazem, w wyniku naruszenia czynnością Zamawiającego przepisów ustawy p.z.p., Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż czynność ta zmierza do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k., a tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 11 ust. 1 z.n.k. Składając przedmiotowe odwołanie, Odwołujący działa w celu ochrony swoich praw jako uprawniony do żądania zaniechania niedozwolonych działań na podstawie art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1 z.n.k.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia w tych postępowaniach oraz utrzymaniem w poufności wskazanych przez siebie dokumentów. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania dokumenty te nie zostałyby przez Zamawiającego ujawnione.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu pn. „Roboty w zakresie nakładek, remontów cząstkowych i oznakowania poziomego dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Olsztynie w podziale na 4 zadania" (sprawa sygn. akt KIO 2018/21) oraz w postępowaniu (sprawa sygn. akt KIO 2048/21) Odwołujący w związku przewidzianą w postępowaniu podstawą wykluczenia wykonawców z postępowania, opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, przedstawił dokument pn. „Informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy pzp w celu udowodniania, że Strabag sp. z o.o. nie

podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy pzp" złożony z dwóch części:

I.zawierającej wskazanie przypadków, w których Strabag Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004r. (tj. Dz.U nr 2019 poz. 1843 z późn. zm.);

II.zawierającej osobny dla każdego z przypadków o których mowa w części 1 opis działań podjętych przez Strabag Sp. z o.o. w związku z wykluczeniem a mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przyszłość.

Jednocześnie wykonawca Strabag sp. z o.o. wskazał, że informacje zawarte w ww. dokumentach w części 2 wraz z wymienionymi tam załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co do której, zgodnie z art. 18 ust 3 ustawy Pzp zastrzega, że nie mogą być one udostępniane podając:

„Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2020 poz 1913 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."

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że „informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje" należy interpretować szeroko. Ustawowy katalog informacji stanowiących potencjalnie tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest bowiem katalogiem zamkniętym. Powyższe oznacza, że potencjalnie każdy rodzaj informacji („lub inne") może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (Komentarz pod red. Szwaja 2019, wyd. 5/Sołtysiński/Gogulski). Potwierdza to również analiza historyczna brzmienia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazuje się w doktrynie nowelizacja z dnia 5 lipca 2002 r. wprowadziła poważną zmianę w art. 11 ust. 4: dotychczasowy zamknięty katalog chronionych informacji został zastąpiony otwartym katalogiem "informacji posiadających wartość gospodarczą". Zatem na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 uznk ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, a więc informacja handlowa, techniczna, technologiczna lub organizacyjna. Taką tezę potwierdza również uzasadnienie nowelizacji z dnia 5 lipca 2002 r., w którym czytamy, że: "W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy] 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". (M. Sieradzka. M. Zdyb, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz wyd. II). Przy czym w doktrynie wskazuje się, że nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum, ponieważ "pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie" [zob. A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona, s. 32]. Katalog informacji, które zawierać mogą wartość gospodarczą z punktu widzenia Wykonawcy jest katalogiem otwartym. Jedynie Wykonawca (jako podmiot domagający się ochrony określonych informacji) jest w stanie właściwie ocenić czy istotne jest dla niego utajnianie określonych dokumentów. Wytycznych w zakresie interpretowania pojęcia wartości gospodarczej dostarcza orzecznictwo, zgodnie z którym:

-„(…) wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi wiec o wskazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej (…)" wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2018r. sygn. akt KIO 458/18

-„(…) Wskazać należy, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków (...) " wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 września 2019r. sygn. akt 1692/29

-„(…) organ wskazał, że wartość gospodarczą informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa należy oceniać przez pryzmat możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Innymi słowy informacja ma wartość handlową w sytuacji, gdy informacja ta daje przedsiębiorcy pewną przewagę nad konkurentami - jej wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza większych zysków, przy czym nie ma potrzeby określania konkretnej wartości – wystarczy sam fakt zaistnienia minimalnej, aktualnej lub potencjalnej korzyści (…)" wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie sygn. akt II SA/WA 2411/13.

W realiach niniejszego postępowania wykonawca zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa regulacje wewnętrzne przedsiębiorstwa (regulaminy, rozporządzenia, procedury), informacje o audytach przeprowadzonych celem weryfikacji ich stosowania, organigramy obowiązujące w przedsiębiorstwie oraz dane na temat struktury zatrudnienia i osób zatrudnionych w poszczególnych jednostkach organizacyjnych jak też prowadzonej polityki kadrowej. Jako całość z informacjami przedstawionymi w pkt II stanowią one zbiór danych o działaniach podjętych w ramach procedury self cleaning o której mowa jest w art. 10 ustawy pzp. Informacje te stanowią informacje o organizacji przedsiębiorstwa, sposobie jego działania czy strukturze wewnętrznej, które z punktu widzenia przywołanej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa klasyfikować należy jako informacje o charakterze organizacyjnym. Potwierdzeniem takiego stanowiska są zarówno poglądy doktryny „Obecnie ochronie podlega więc w szczególności informacja technologiczna (…) system sprawdzania jakości, informacja techniczna (np. projekty nieopatentowanych rozwiązań technicznych, modele rozwiązań technicznych), informacja handlowa (np. lista dostawców, klientów, plany wydania książki przez wydawnictwo) (…) informacja organizacyjna (np. prognozy sprzedaży, system dystrybucji, procedury wewnętrzne, zasady organizacji i zarządzania, wynagrodzenia wypłacane pracownikom, szczegóły nowej oferty promocyjnej) (M.Sieradzka. M.Zdyb, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Komentarz wyd. II) jak i stanowisko wyrażone w orzecznictwie:

-„(…) do informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa zalicza się "wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje dotyczące struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokość wynagrodzeń pracowników. Do tajemnicy przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne knowhow, w tym zarówno tzw. know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie w sprawie sygn. akt II SA/Wa 2411/13).

-„(…) informacje o kontrahentach, dostawcach, stosowanych przez nich rabatach mogą stanowić tajemnicę organizacyjną przedsiębiorstwa i są informacjami posiadającymi wartość gospodarczą. Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeżeli dotyczy m.in. wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się natomiast całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym" (wyrok KIO z 28 lutego 2020r. sygn. akt KIO 322/20).

Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się w możliwości ich wykorzystania w walce konkurencyjnej, co w obecnym stanie prawnym nabiera szczególnego znaczenia jako że przeprowadzenie procedury self cleaning w zw. z zaistnieniem zdarzeń opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 jest w ogóle warunkiem konkurowania przez wykonawcę w postępowaniach, w których Zamawiający przewidział tę przesłankę. Wykorzystanie informacji zastrzeżonych przez Strabag Sp. z o.o. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez innego wykonawcę daje mu wiedzę pozwalająca na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków wynikających ze znajomości wewnętrznego sposobu organizacji firmy konkurencyjnej, co w świetle poglądów orzecznictwa stanowi o ich wartości gospodarczej. Jako całość stanowi zaś swoiste know how jak przeprowadzać procedurę samooczyszczenia i jak przedstawić ja w ofercie. Informacja jest nie tylko przydatna, ale w określonych sytuacjach konieczna dla prowadzenia działalności gospodarczej.

W stosunku do zastrzeżonych informacji spełnione są również przesłanki formalne uznania ich za tajemnice przedsiębiorstwa.

Strabag Sp. z o.o. nigdzie nie ujawnia ani nie publikuje zastrzeżonych informacji. Nie jest możliwe uzyskanie przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wiedzy w tym zakresie droga zwykłą i dozwoloną, zgodnie z tym, jak wyjaśnia możliwość uzyskania dostępu do informacji orzecznictwo SN na gruncie art. 11 ust 4 UZNK. Jako źródło takiej wiedzy orzecznictwo sądów podaje ogólnodostępne czasopisma branżowe (SN z 5.09.2001r. sygn. akt I CKN 1159/00), foldery czy materiały o spółce (wyrok SA w Poznaniu z 09.02.2012r. sygn. akt . I ACa 968/11), stronę internetową (wyrok WSA w Warszawie, 15.03.2012r. II SA/Wa 128/12).

Strabag sp. z o.o. nie zamieszcza danych w zastrzeżonym zakresie na stronie internetowej, ani w materiałach spółki ani w prasie. Nie są nam znane legalne i dozwolone kanały informacji poprzez które wiedzę taką posiąść mogłyby firmy konkurencyjne.

W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowywania ofert składanych w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarzadzania dokumentami uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami.

Wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji:

-wprowadził w swojej organizacji obowiązkowe zachowanie w poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa

Dowód: Kodeks etyczny - Zasady postępowania STRABAG SE- klauzula 2.4 [załącznik nr 3]

-ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawnienia informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem,

-powołał pełnomocnika ds. bezpieczeństwa, zajmującego się m.in. nadzorem nad przestrzeganiem Kodeksu Etycznego, w tym zasad poufności,

-wprowadził wytyczne dotyczące korzystania technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych,

-wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Etycznego,

-udostępnił na stronie www.strabag.pl Kodeks Etyczny, zapewniając jednocześnie swoich kontrahentów o przestrzeganiu przez pracowników koncernu STRABAG SE zasad poufności w zakresie informacji mogących leżeć w interesie jego klientów.

W załączeniu przedkładamy listę osób, które uczestniczyły w przygotowaniu oferty – jednocześnie też listę zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem zawiera ona dane osobowe pracowników Spółki, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez Wykonawcę i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty

Dowód: lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty – [załącznik nr 4]

Dodatkowo wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp.

Dowód: Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych [załącznik nr 5]

Rozporządzenie wewnętrzne RW_04_2017_6Q Polityka bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa [załącznik nr 5.1].

Również w odniesieniu do tego dokumentu zastrzegamy go jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to dokument stanowiący know how Wykonawcy, który obejmuje wypracowany system przekazu informacji umożliwiający zachowania bezpieczeństwa i poufności przekazywanych danych.

Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowników Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 02.03.2011 r., II PK 204/10, „powinności określone wart. 100 § 2 pkt 4 k.p. są ustanowieniem szczególnej zasady lojalności pracownika względem pracodawcy, z której przede wszystkim wynika obowiązek powstrzymania się pracownika od działań zmierzających do wyrządzenia pracodawcy szkody, czy nawet ocenianych jako działania na niekorzyść pracodawcy."

Podsumowując działania jakie podjął STRABAG Sp. z o.o. obejmują środki prawne i fizyczne które mają na celu utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. Informacje utajnione przez STRABAG sp. z o.o. stanowią określony zbiór danych posiadających jako całość wymierną wartość gospodarczą. W tym miejscu – wyłącznie z ostrożności, należy podkreślić iż zbiór danych podlega ochronie prawnej nawet jeżeli jego poszczególne elementy podane zostały do publicznej wiadomości (wyrok SN z 22.02.2007r, sygn. akt V CSK 44/2006)."

Zamawiający w obydwu ww. postępowaniach pismami odpowiednio z dnia 29 czerwca 2021 r. i 2 lipca 2021 r. powiadomił wykonawcę Strabag sp. z o.o. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, informując, że przestanie być tajna odpowiednio 6 lipca 2021 r. oraz 8 lipca 2021 r., i od tego momentu będzie mogła ją udostępniana wszystkim zainteresowanym. Zamawiający w uzasadnieniu podał m.in.:

„(…) Po zapoznaniu się z Uzasadnieniem uznaliśmy, że nie wykazali w nim Państwo, że zastrzeżone informacje faktycznie zasługują na ochronę i uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa:

a)dwie trzecie Uzasadnienia to wywód, przywołanie przepisów, poglądów doktryny oraz orzecznictwa KIO i Sądów w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa; są to ogólniki, które w żaden sposób nie przyczyniają się do wykazania zasadności zastrzeżenia informacji.

b)na str. 3 Uzasadnienia wskazują Państwo, że w realiach niniejszego postępowania wykonawca zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa regulacje wewnętrzne przedsiębiorstwa (regulaminy, rozporządzenia, procedury), informacje o audytach przeprowadzonych celem weryfikacji ich stosowania, organigramy obowiązujące w przedsiębiorstwie oraz dane na temat struktury zatrudnienia i osób zatrudnionych w poszczególnych jednostkach organizacyjnych jak też prowadzonej polityki kadrowej. Jako całość z informacjami przedstawionymi w pkt II stanowią one zbiór danych o działaniach podjętych w ramach procedury self cleaning o której mowa jest w art. 10 ustawy pzp. Informacje te stanowią informacje o organizacji przedsiębiorstwa, sposobie jego działania czy strukturze wewnętrznej.

Z Uzasadnienia nie wynika, które konkretne fragmenty zastrzeżonych przez Państwa dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak jest w Uzasadnieniu odniesienia się do poszczególnych dwudziestu dokumentów (plików) wraz z wyjaśnieniem, jakie elementy ich treści uznali Państwo za tajne i dlaczego. Nie wykazali Państwo z jakiego powodu niedostępne dla innych wykonawców mają być np. opisy stanu faktycznego poszczególnych postępowań przetargowych, które stanowią większość treści w pliku Zał. nr 2.1 sc Lublin.BES.pdf, Zał. nr 2.2 sc Jeziorany.BES.pdf, Zał. nr 2.3 SC Andrespol - zał. 1._2021.05.10.BES.pdf.

Zastrzeżenie tajemnicy jest odstępstwem od reguły jawności postępowania i wymaga z Państwa strony wykazania, że zastrzegane dane faktycznie mają szczególny charakter odpowiadający definicji tajemnicy przedsiębiorstwa .

c)na str. 4 Uzasadnienia wskazują Państwo, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji wyraża się w możliwości ich wykorzystania w walce konkurencyjnej, co w obecnym stanie prawnym nabiera szczególnego znaczenia jako że przeprowadzenie procedury self cleaning w zw. z zaistnieniem zdarzeń opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 jest w ogóle warunkiem konkurowania przez wykonawcę w postępowaniach, w których Zamawiający przewidział tę przesłankę.

Z Uzasadnienia nie wynika jaką konkretną wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Wartość gospodarcza utajnianej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

KIO również stoi na stanowisku, że wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skuteczności ich zastrzeżenia . Niewątpliwe mają Państwo tego świadomość, gdyż na ten element wskazała również Izba w wyroku z dnia 5 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 427/21). Nakazała wówczas zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez Państwa wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty. KIO stwierdziła, że w odniesieniu do sposobu ochrony informacji w przedsiębiorstwie Przystępującego, w uzasadnieniu zastrzeżenia został przedstawiony szerszy wywód na ten temat, przy czym nie przedstawiono żadnych dokumentów, które uprawdopodobniłyby podane w tym zakresie informacje. Nawet jednak gdyby przyjąć, że są to informacje wiarygodne, zastrzeżenie informacji nie może zostać uznane za skuteczne w związku z niewykazaniem ich wartości gospodarczej.

Po zapoznaniu się z Uzasadnieniem można odnieść wrażenie, że celem zastrzeżenia informacji jest przede wszystkim uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z jej treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w obawie przed ewentualnym odwołaniem, jakie mogliby wnieść konkurenci .

d)na str. 4 Uzasadnienia wskazali Państwo, że wykorzystanie informacji zastrzeżonych przez Strabag Sp. z o.o. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przez innego wykonawcę daje mu wiedzę pozwalająca na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków wynikających ze znajomości wewnętrznego sposobu organizacji firmy konkurencyjnej, co w świetle poglądów orzecznictwa stanowi o ich wartości gospodarczej. Jako całość stanowi zaś swoiste know how jak przeprowadzać procedurę samooczyszczenia i jak przedstawić ja w ofercie. Informacja jest nie tylko przydatna, ale w określonych sytuacjach konieczna dla prowadzenia działalności gospodarczej.

Z Uzasadnienia nie wynika, w jaki sposób Państwa konkurenci mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami. Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny.

Warto również wskazać, że ustawodawca, w treści przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, dał precyzyjne wskazówki, co musi zawierać skuteczne samooczyszczenie.

e)na str. 4 Uzasadnienia wskazują Państwo, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty.

W Uzasadnieniu nie wyjaśnili Państwo, które dokumenty / dowody pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości tego twierdzenia. Za dowód nie możemy zwłaszcza uznać przywołania (na str. 6 Uzasadnienia) przepisu art. 100 § 2 pkt 4 kodeksu pracy .

f)na str. 5 Uzasadnienia wskazali Państwo, że przedkładamy listę osób, które uczestniczyły w przygotowaniu oferty – jednocześnie też listę zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem zawiera ona dane osobowe pracowników Spółki, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez Wykonawcę i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty

Z Uzasadnienia nie wynika, dlaczego informacja o Państwa pracownikach powinna stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazali Państwo, że zastrzeżony dokument zawiera informacje wypełniające ustawową definicję

tajemnicy przedsiębiorstwa. Na liście są osoby, które podpisały ofertę (Pan M. S.) lub otrzymały pełnomocnictwo (które nie zostało utajnione) do reprezentowania Państwa w ramach tego postępowania (Pan M. P.). Ich dane osobowe może poznać każdy, kto zapozna się z ofertą i jawnymi załącznikami.

Fakt, że lista zawiera dane osobowe nie oznacza automatycznego objęcia jest tajemnicą przedsiębiorstwa .

g)na str. 6 Uzasadnienia wskazali Państwo, że zastrzegają Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych [załącznik nr 5] oraz Rozporządzenie wewnętrzne RW_04_2017_6Q Polityka bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa [załącznik nr 5.1]. Jako uzasadnienie wyjaśnili Państwo, że jest to dokument stanowiący know how Wykonawcy, który obejmuje wypracowany system przekazu informacji umożliwiający zachowania bezpieczeństwa i poufności przekazywanych danych.

Z Uzasadnienia nie wynika, dlaczego zastrzeżone dokumenty mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazali Państwo, że wytyczne oraz rozporządzenie zawierają informacje wypełniające ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 1, 2 i 3 u.z.n.k." w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w zakresie dokumentów załączonych do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji , o których mowa w art. 222 ust. 5.

Powyższe przepisy określą jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. jest zasadę jawności postępowania oraz wyjątek od tej zasady, który nie może być interpretowany rozszerzająco. Wykonawcy decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą się zatem liczyć z ujawnieniem przekazywanych przez siebie informacji.

Stosownie do art. 11 ust. 2 przywołanej w ww. przepisie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w treści: „u.z.n.k.") *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.*

Z ww. przepisów wynika zatem, że dla skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawca musi wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, tj.

1)informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

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

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

Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa jest zobowiązany odpowiednim terminie wykazać, wypełnienie się przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykazanie musi być pełne, nie pozostawiać wątpliwości w tym zakresie. Zamawiający ma natomiast obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Celem zastrzeżenia informacji nie może być jedynie uniemożliwienie pozostałym wykonawcom zapoznania się z ich treścią. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i zasadność wyprowadzonych przez zamawiającego wniosków. Nie jest rolą Izby dociekanie, czy zastrzeżone informacje obiektywnie mogą stanowić informacje podlegające ochronie, lecz to, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie wykazał w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia przy tym wymaga, że treść i zakres uzasadnienia przez wykonawcę poczynionego zastrzeżenia informacji przesądza o tym, czy zostały spełnione warunki dla uznania, że pomimo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, zastrzeżone informacje mogą nie być ujawnione. Wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnice przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasad uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów wypełniania przez niego wymagań zamawiającego.

W analizowanym postepowaniu Izba uznała, że Zamawiający przeprowadził analizę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez Odwołującego i prawidłowo je ocenił, uznając, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego dokumenty stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na

uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zastrzegane dokumenty zasługują na ochronę i uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia dominują informacje dotyczące przepisów prawa, poglądów doktryny i orzecznictwa w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, które z oczywistych względów, nie mogą zastąpić rzetelnego wykazania, że zastrzegane informacje, w tym przypadku całe dokumenty, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący wprawdzie np. wskazał, że załączone dokumenty wewnętrzne w tym regulaminy, rozporządzenia, procedury, informacje o audytach przeprowadzonych celem weryfikacji ich stosowania, organigramy obowiązujące w przedsiębiorstwie oraz dane na temat struktury zatrudnienia i osób zatrudnionych w poszczególnych jednostkach organizacyjnych jak też prowadzonej polityki kadrowej, jako całość z informacjami przedstawionymi w pkt II stanowią zbiór danych o działaniach podjętych w ramach procedury self cleaning, o której mowa jest w art. 10 ustawy Pzp, oraz, że informacje te stanowią informacje o organizacji przedsiębiorstwa, sposobie jego działania czy strukturze wewnętrznej, jednak nie wykazał spełnienia łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazał, z czego wynika zastrzeżenie przez niego dokumentów w całości, nie wykazał, że wszystkie w całości zawierają informacje wypełniające przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art., 11 ust. 2 u.z.n.k. a nie np. ich ściśle określone fragmenty. Nie wykazał, dlaczego niedostępne dla innych wykonawców mają być np. opisy stanu faktycznego poszczególnych postępowań przetargowych, które stanowią większość treści w pliku Zał. nr 2.1 sc Lublin.BES.pdf, Zał. nr 2.2 sc Jeziorany.BES.pdf, Zał. nr 2.3 SC Andrespol - zał. 1._2021.05.10.BES.pdf. Nie wykazał, że złożone dokumenty stanowią zestawienie, które tworzy nową, wymierną wartość gospodarczą.

Z przedmiotowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, jaką wartość gospodarczą mają zastrzegane dokumenty. Wprawdzie Odwołujący podał, że wykorzystanie przez innego wykonawcę zastrzeżonych informacji daje temu wykonawcy wiedzę pozwalającą na zaoszczędzenie wydatków czy przysporzenie zysków, wynikających ze znajomości wewnętrznego sposobu organizacji konkurencyjnego podmiotu, co stanowi o ich wartości gospodarczej, a jako całość stanowi, swoiste know-how jak przeprowadzać procedurę samooczyszczenia i jak przedstawić ją w ofercie. Jednakże z uzasadnienia zastrzeżenia nie wynika, w jaki sposób konkurencyjni wykonawcy mieliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami. Tym bardziej, że z przepisu art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wynikają wskazówki, co powinno zawierać skuteczne samooczyszczenie, a Odwołujący nie wykazał, że sam poniósł w związku z tym określone wydatki, których inni by uniknęli, nadto nie wykazał, że przyjęty przez niego sposób samooczyszczenia został np. w innym postępowaniu uznany za skuteczny - treść uzasadnienia wskazuje, że mogłaby by być zastosowana nie tylko w dwóch ww. postępowaniach, ale także w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie CML Construction Services Sp. z o.o. z dnia 26 lipca 2021 r. dotyczące kosztów zleconej temu podmiotowi przez Strabag Sp. z o.o. w ramach obsługi prawnej czynności koniecznych do wykazania self-cleaningu oraz dwa zestawienia kosztów pracy: Biura Kontrolingu Technicznego (2 osoby) i Biura Digitalizacji, jednak zauważenia wymaga, że wykazanie, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powinno nastąpić wraz ze składanymi zastrzeganymi informacjami, a nie na etapie późniejszym.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, w uzasadnieniu zastrzeżenia Odwołujący wskazał, że wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty, jednak nie wykazał, który ze złożonych dokumentów potwierdza tę okoliczność. Samo powołanie się na przepis art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy nie jest wystarczające.

Za prawidłowe należy także uznać wnioski Zamawiającego z analizy tego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, który dotyczy utajnienia listy osób, które uczestniczyły w przygotowaniu oferty, z uwagi na to, że zawiera ona dane osobowe pracowników wykonawcy, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez niego i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty. Zamawiający zasadnie bowiem uznał, że Odwołujący nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia, dlaczego informacja o wymienionych tam pracownikach powinna stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, że zastrzeżony dokument zawiera informacje wypełniające ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym bardziej, że na tej liście wymienione są osoby, które podpisały ofertę lub otrzymały pełnomocnictwo, które nie zostało utajnione, do reprezentowania wykonawcy w ramach tego postępowania, co oznacza, że dane tych osób są ujawnione przez wykonawcę. Nadto zwrócenia uwagi wymaga przepis art. 18 ust. 6 ustawy Pzp, z którego wynika, że inni wykonawcy w postępowaniu w określonym terminie mają dostęp do wymienionych w nim danych osobowych w celu skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Także należy podzielić stanowisko Zamawiającego dotyczące sposobu zastrzeżenia Wytycznych koncernu dotyczących korzystania z technologii informatycznych oraz Rozporządzenia wewnętrznego RW_04_2017_6Q Polityka bezpieczeństwa i tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że jest to dokument stanowiący jego know-how, który obejmuje wypracowany system przekazu informacji umożliwiający zachowania bezpieczeństwa i poufności przekazywanych danych, jednak nie wykazał, że dokumenty te zawierają informacje wypełniające wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ad zarzut naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zasady przejrzystości polegające na dokonaniu badania i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów stanowiących podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, w sytuacji, gdy w pkt 10.1 SWZ Zamawiający określił, że nie będzie żądał podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2)przejrzysty;

Zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp: *Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym*

mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując w nim, że w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Jednocześnie oświadczył, że w związku z ww. okolicznością, podjął środki naprawcze, o których mowa w art. 110 ustawy Pzp, i w załączeniu przedstawia stosowny dokument. Celem złożenia przez Odwołującego z własnej inicjatywy dokumentów, zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, było zatem wykazanie, że pomimo wcześniejszego wykluczenia z postępowań na wskazanych podstawach, przeprowadził skutecznie samooczyszczenie i w związku z tym nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe oznacza, że Zamawiający był nie tylko uprawniony, ale też zobowiązany zbadać otrzymane dokumenty w pełnym zakresie, tj. nie tylko co do skuteczności samooczyszczenia się wykonawcy, ale także co do wypełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawa Pzp nie czyni bowiem wyjątków w tym zakresie. Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi ww. zasadami obowiązującymi a gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczyszczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu.

W związku z tym nie można uznać za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przez Odwołującego w tym zarzucie zasad prowadzenia postępowania udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie stwierdzono takiego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem obydwu odwołań. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W analizowanych sprawach odpowiedzialność za wynik postępowania w całości Odwołujący. W związku z tym w sprawach sygn. akt KIO 2018/21 i KIO 2048/21, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), koszty postępowania obciążają Odwołującego.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……...

Członkowie: ……...

……...