Sygn. akt: KIO 2664/21

Sygn. akt: KIO 2665/21

WYROK

z dnia 29 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Monika Kawa-Ogorzałek
Beata Konik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie w dniu 27 września 2021 r. odwołań, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2021 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2664/21);

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 2665/21);

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach

orzeka:

A. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2664/21.

B. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2665/21.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2664/21 i KIO 2665/21) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) oraz uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 2664/21 i KIO 2665/21),

tytułem wpisów od odwołań,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2664/21

Sygn. akt KIO 2665/21

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu, którego postępowania prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z siedzibą w Katowicach (dalej: „Zamawiający" lub „GDDKiA") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy Bielsko-Biała, Odcinek I/A węzeł

„Bieruń" (z węzłem) - węzeł Oświęcim (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia"

(numer postępowania: O.KA.D-3.2410.25.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 czerwca 2021 r. pod numerem: 2021/S 107-278469. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

2. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł

„Kosztowy II (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)" (numer postępowania: O.KA.D-

3.2410.26.2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2021 r. pod numerem: 2021/S 115 -

301216. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

KIO 2664/21

W dniu 9 września 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „Wykonawca" lub „Konsorcjum") wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego polegającej na:

1. odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z

załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10),

2. prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i jawności postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającego naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U.2020.1913 ze zm.; dalej: „uznk") przez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przestanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10);

2. art. 18 ust. 3 Pzp przez naruszenie nakazu utrzymania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.) pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności przez Odwołującego;

3. art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i jawności postępowania;

4. art. 139 ust. 1 Pzp przez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR

S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 st. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przestanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10) mimo, że dokumenty te dotyczą sytuacji podmiotowej Odwołującego, a oferta Odwołującego nie została najwyżej oceniona.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynność Zamawiającego polegającej na odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przestanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10);

2. uznania, że (i) wyjaśnienia dotyczące przestanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

3) zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał m. in., że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/A

węzeł „Bieruń” (z węzłem) - węzeł Oświęcim (bez węzła) wraz z obwodnicą Bierunia”. Zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą) (pkt 4.2 SWZ). W pierwszej kolejności Zamawiający dokonana zatem badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ). Odwołujący przedłożył wraz JEDZ: (i) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10). Zamawiający dnia 12 sierpnia 2021 r. dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 9 ofert. Oferta Odwołującego z ceną wysokości: 274.811.936,00 zł zajmuje ostatnie, dziewiąte (9) miejsce w rankingu ofert i jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego o 35 mln zł (kwota Zamawiającego: 239.631.240,91 zł brutto). Zamawiający dnia 31 sierpnia 2021 r. (pismo z dnia 31 sierpnia 2021 r.; znak: O.KA.D-3.2410.25.2021.915) poinformował Odwołującego o odtajnieniu w całości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne).

W ramach uzasadnienia faktycznego zarzutów Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego o odtajnieniu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jest nieuzasadniona i bezpodstawna. Informacje te posiadają bowiem istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego. Z uwagi na ich wartość poznawczą dla osób trzecich (konkurentów Odwołującego) ich ujawnienie na jakimkolwiek etapie postępowania naraża Odwołującego na wymierną szkodę finansową. Podmioty konkurujące na tym samym rynku (przedsiębiorstwa budowlane uczestniczące w postępowaniach publicznych i prywatnych na realizację inwestycji infrastrukturalnych i kubaturowych dużych rozmiarów) uzyskują bowiem łatwy i bezpłatny dostęp do informacji dotyczących sposobu funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego (wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wraz załącznikami) oraz jego aktualnej sytuacji gospodarczej (wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Odwołujący wyjaśnił, że powyższe informacje w konfiguracjach opracowanych na potrzeby w ww. wyjaśnień nie zostały nigdy udostępnione do wiadomości publicznej. Ponadto żaden podmiot konkurencyjny wobec Odwołującego zainteresowany ich pozyskaniem nie ma dostępu do tak szczegółowych zestawień informacji organizacyjnych i gospodarczych dotyczących Odwołującego. Pozyskanie znacznej części ww. danych wymagałoby nakładu czasu i środków ze strony podmiotów konkurencyjnych (np. w trybie dostępu do informacji publicznej czy skorzystania z odpłatnych usług profesjonalnych podmiotów) lub nie byłoby w ogóle możliwe z uwagi na ścisłą ochronę tych informacji przez Odwołującego (procedury wewnętrzne Odwołującego). Ponadto Odwołujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, spełnił wszystkie wymagania ustalone w art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący dokonał bowiem zastrzeżenia poufności w dacie przekazywania informacji Zamawiającemu oraz przedstawił szczegółowe wyjaśnienia.

Kolejno Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie prawne zarzutów. Przede wszystkim wskazał, że zastrzegł poufność informacji zawartych w wyjaśnieniach w dacie ich przekazywania Zamawiającemu i przedstawił również szczegółowe wyjaśnienia, które opisują m.in. zmiany struktury organizacyjnej, stosowane procedury ochrony informacji oraz sposób rozwiązania i aktualny status spraw spornych, czyli „dane wrażliwe” w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Zdaniem Odwołującego wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach do tych wyjaśnień zastrzeżone przez Odwołującego:

a) prezentują wartość gospodarczą dla Odwołującego, a będąc informacjami organizacyjnymi i handlowymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11

ust. 2 uznk,

b) nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej,

c) Odwołujący podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności,

d) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób; informacja te nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, w szczególności w formie kompleksowych opracowań zawartych w wyjaśnieniach zastrzeżonych przez Odwołującego.

Wykonawca stwierdził, że wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zawierają bowiem szczegółowy opis zdarzenia, które spowodowało konieczność wdrożenia procedury

samooczyszczenia oraz konkretne działania podjęte przez Odwołującego w ramach self-cleaningu (w szczególności zmiany struktury organizacyjnej oraz wdrożone procedury wewnętrzne). Natomiast wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zawierają zestawienie spraw spornych, które miały miejsce w trakcie realizacji poszczególnych projektów oraz sposób ich rozwiązania przez Odwołującego. Informacje te mają zatem charakter organizacyjny i handlowy. Odwołujący stwierdził, wbrew zarzutom postawionym przez Zamawiającego, że w wyjaśnieniach wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji mając świadomość ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 18 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazywał, że informacje zawarte w:

- wyjaśnieniach dot. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp umożliwiają innym wykonawcom m.in.: (i) poznanie skali i statusu sporów sądowych prowadzonych przez Odwołującego; (ii) zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego (struktura organizacyjna, procedury wewnętrzne); (iii) stosowanych procedurach ochrony danych; w przypadku ich odtajnienia konkurenci Odwołującego uzyskają bezpłatny dostęp do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech Odwołującego mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie w innych okolicznościach wymagałoby znacznego nakładu czasu i środków, np. w trybie dostępu do informacji publicznych lub wskutek skorzystania z usług profesjonalnych podmiotów; jednocześnie upublicznienie ww. informacji naraża Odwołującego na konkretne straty finansowe (w szczególności odtajnienie informacji dotyczących stosowanych zabezpieczeń i procedur), czego potwierdzeniem był m.in. poważny atak hakerski na system informatyczny Odwołującego, który miał miejsce w maju 2019 r.;

- wyjaśnieniach dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp umożliwiają innym wykonawcom m.in.: (i) poznanie szczegółów zdarzenia, które było podstawą do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia; (ii) działań podjętych przez Odwołującego w tym zakresie, w tym dotyczących struktury organizacyjnej (która nie jest udostępniania poza organizację Odwołującego); (iii) stosowanych procedurach ochrony danych; powyższe informacje umożliwią konkurentom bezpłatny dostęp do informacji, których pozyskanie w innych okolicznościach wymagałoby znacznego nakładu czasu i środków, np. w trybie dostępu do informacji publicznych lub wskutek skorzystania z usług profesjonalnych podmiotów; jednocześnie upublicznienie ww. informacji naraża Odwołującego na konkretne straty finansowe (w szczególności informacje dotyczące stosowanych zabezpieczeń i procedur), czego potwierdzeniem był m.in. poważny atak hakerski na system informatyczny Odwołującego, który miał miejsce w maju 2019 r.;

- procedury wewnętrzne stanowiące załączniki do wyjaśnień dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp procedury stanowią kompletne wzorce postępowania, które każdy podmiot działający na rynku bez podnoszenia jakichkolwiek nakładów kosztowych i czasowych, może wdrożyć lub skopiować w działalności swojego przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego powyższe przykłady jednoznacznie potwierdzają rynkowy charakter zastrzeżonych danych i przeczą tezie Zamawiającego o jedynie subiektywnym przekonaniu Odwołującego o ich wartości gospodarczej i negatywnych konsekwencjach ich odtajnienia przez Zamawiającego. Przyjęte rozwiązania organizacyjne, sposób organizacji procesu akwizycji, stosowane systemy zabezpieczające dane czy polityka rozwiązywania kwestii spornych i aktualny status spraw spornych, dotyczą istotnych cech Odwołującego, która wpływają na jego konkurencyjność na rynku.

W zakresie wymagania dotyczące formy i treści zastrzeżenia tajemnicy, odnosząc się natomiast do zarzutu niewykazania przez Odwołującego pozostałych wymagań wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, Wykonawca zauważał, że Zamawiający nie wskazał wprost, których przesłanek zastrzeżenia tajemnicy Odwołujący nie wykazał. Zarzuty Zamawiającego ograniczają się do gołosłownych twierdzeń o ogólnikowości wyjaśnień, braków uzasadnienia nieprzedłożenia dowodów. Zamawiający wprost stwierdził bowiem, że „Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń Wykonawcy" (str. 7 pisma z dnia 31.08.2021 r.). Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r. sformułował żądanie, zgodnie z którym „Spółka w swoich wyjaśnieniach powinna odnieść się nie tylko do każdego z dokumentów osobno, ale przede wszystkim dla każdego z tych dokumentów wskazać, które z informacji zawartych w danym dokumencie ma charakter tajemnicy i dlaczego". Odwołujący w kontekście powyższych zarzutów Zamawiającego stwierdził, że „żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odwołujący stał na stanowisku, że żądania przedstawione przez

Zamawiającego w piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r. co do treści i formy wyjaśnień, w szczególności części zawierającej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie znajdują zatem podstaw w obowiązujących przepisach prawnych oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast Odwołujący w celu wypełnienia wszystkich oczekiwań Zamawiającego co do formy i treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyartykułowanych w piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r., powinien był prawdopodobnie przedstawić dokument bardziej szczegółowy i obszerniejszy niż pozostałe dokumenty złożone na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a z dużym prawdopodobieństwem w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego żądania Zamawiającego w tym zakresie są nadmierne, a dokonana przez Zamawiającego w oparciu o taki standard ocena dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, nieprawidłowa i naruszająca m.in. zasadę proporcjonalności postępowania. Odwołujący stwierdził, że uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający w rzeczywistości nie dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w oparciu o zasady wynikające z ww. przepisów, a apriorycznie je zdeklasyfikował z uwagi na własny subiektywny standard zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazywał, że nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych sprawy zarzut Zamawiającego dotyczący niewykazania „w jaki sposób Spółka kontroluje liczbę i krąg pracowników mających dostęp do zastrzeżonych informacji". Szczegółowe informacje w tym zakresie zawierają zastrzeżone wyjaśnienia oraz Odwołujący przedłożył procedurę dotyczącą procesu akwizycji stosowaną w organizacji, która szczegółowo opisuje krąg osób mających dostęp do informacji przetwarzanych w trakcie procesu akwizycji (z nazwami i skrótami nazw stanowisk osób i komórek organizacyjnych zaangażowanych w ten proces). W ocenie Wykonawcy nieuzasadniony jest również zarzut Zamawiającego, iż „nie wykazano również, które z przedłożonych dokumentów (dowodów) pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń dotyczących środków (działań), którymi posługuje się Spółka w celu zachowania tajemnicy". Odwołujący podjął celowe działania zapobiegające rozpowszechnianiu zastrzeżonych informacji, które zostały szczegółowo opisane w ww. wyjaśnieniach. Odwołujący opisał bowiem stosowane w jego organizacji systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych oraz stosowanych zabezpieczeniach fizycznych dostępu do informacji. Odwołujący uważał, że w zastrzeżonych wyjaśnieniach wykazał zatem, że informacje zawarte w wyjaśnianiach i załącznikach do wyjaśnień nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem.

Dla Odwołującego równie niezrozumiała jest motywacja Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający ograniczył się bowiem do ogólnego stwierdzenia dotyczącego szczególnego znaczenia odtajnienia zastrzeżonych informacji z uwagi na fakt, że wyjaśnienia dotyczą fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 Pzp i procedura self-cleaningu jest warunkiem konkurowania przez Odwołującego w postępowaniach, w których Zamawiający przewidział tę przesłankę wykluczenia. Zamawiający w odniesieniu do informacji zawartych w ww. wyjaśnieniach wskazał na brak ich wartości gospodarczej, co jest niezrozumiałe z uwagi na fakt, że Odwołujący szczegółowo opisał zdarzenie, podjęte działania i ich wpływ na strukturę organizacyjną organizacji oraz załączył w celu poparcia swoich twierdzeń szereg dokumentów wewnętrznych. Wykonawca podkreślał przy tym, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy brak jest podstaw do żądania od Odwołującego upublicznienia szczegółowego opisu zdarzenia będącego postawą wystąpienia wobec Odwołującego fakultatywnej przestanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i przeprowadzenia procedury self-cleaningu. Informacje o tego typu zdarzeniach nie są bowiem powszechnie dostępne i łatwo identyfikowalne m.in. z uwagi na fakt anonimizacji danych w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Odwołujący zauważał, że działania podejmowane przez Zamawiającego powinny być adekwatne i uzasadnione z uwagi na etap postępowania oraz zasady postępowania ustalone w SWZ. Zamawiający w niniejszym przypadku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 139 Pzp). W tamach procedury odwróconej badaniu pod kątem wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlega więc jedynie ten wykonawca, który złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom oraz najwyżej ocenioną według ustalonych dla danego postępowania kryteriów oceny ofert. Zamawiający znajduje się obecnie na etapie oceny złożonych ofert. Po zakończeniu tej fazy postępowania na podstawie sporządzonego rankingu ofert, Zamawiający wskaże ofertę najkorzystniejszą i dopiero wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą podejmie działania polegające na weryfikacji m.in. fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 Pzp. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego znajduje

się na dziewiątym (ostatnim) miejscu w rankingu ofert oraz o 35 mln złotych przekracza budżet Zamawiającego, nie ma żadnych racjonalnych podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona i w konsekwencji wystąpiła lub wystąpi konieczność oceny podmiotowej Odwołującego, w tym wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 Pzp. Skoro zatem Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie formule procedury odwróconej odtajnienie przez Zamawiającego wyjaśnień wraz z załącznikami na tym etapie postępowania jest co najmniej przedwczesne i bezprzedmiotowe. Informacje w nich zawarte nie mają bowiem żadnego wpływu na przebieg tego etapu.

KIO 2665/21

W dniu 9 września 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A. z siedzibą w Krakowie, 2. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „Wykonawca" lub „Konsorcjum") wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego

polegającej na:

1. odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10)

2. prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i jawności postępowania/

Zaskarżonym czynności Zamawiającego Wykonawca zarzucał naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Pzp w zw. art. 1 1 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U.2020.1913 ze zm.; dalej: „uznk") przez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10);

2. art. 18 ust. 3 Pzp przez naruszenie nakazu utrzymania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.) pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności przez Odwołującego;

3. art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i jawności postępowania;

4. art. 139 ust. 1 Pzp przez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR

S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10) mimo, że dokumenty te dotyczą sytuacji podmiotowej Odwołującego, a oferta Odwołującego nie została najwyżej oceniona.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynność Zamawiającego polegającej na odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.: (i) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne)

(art. 109 ust. 1 pkt 10);

2. uznania, że (i) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10) zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

3. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał m. in., że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w: trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie drogi S1 Kosztowy - Bielsko-Biała, Odcinek I/B węzeł „Kosztowy II (z węzłem) - węzeł „Bieruń" (bez węzła)", w ramach którego zastosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp (tj. tzw. procedurę odwróconą) (pkt 4.2 SWZ). W pierwszej kolejności Zamawiający dokonana zatem badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał złożenia wraz ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ). Odwołujący przedłożył wraz JEDZ: (i) wyjaśnienia dotyczące przesiadki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7) oraz (ii) wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne) (art. 109 ust. 1 pkt 10). Zamawiający dnia 20 sierpnia 2021 r. dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożono 10 ofert. Oferta Odwołującego z ceną wysokości: 546.955.912,55 zł zajmuje siódme (7) miejsce w rankingu ofert i jest wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawowego o 25 mln zł (kwota Zamawiającego: 521.587.419,04 zł brutto). Zamawiający dnia 31 sierpnia 2021 r. (pismo z dnia 31 sierpnia 2021 r.; znak: O.KA.D-3.2410.25.2021.915) poinformował Odwołującego o odtajnieniu w całości wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wraz z załącznikami (procedury wewnętrzne).

W ramach uzasadnienie faktycznego zarzutów Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego o odtajnieniu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jest jego zdaniem nieuzasadniona i bezpodstawna. Informacje te posiadają bowiem istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego. Z uwagi na ich wartość poznawczą dla osób trzecich (konkurentów Odwołującego) ich ujawnienie na jakimkolwiek etapie postępowania naraża Odwołującego na wymierną szkodę finansową. Podmioty konkurujące na tym samym rynku (przedsiębiorstwa budowlane uczestniczące w postępowaniach publicznych i prywatnych na realizację inwestycji infrastrukturalnych i kubaturowych dużych rozmiarów) uzyskują bowiem łatwy i bezpłatny dostęp do informacji dotyczących sposobu funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego (wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wraz załącznikami) oraz jego aktualnej sytuacji gospodarczej (wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Powyższe informacje w konfiguracjach opracowanych na potrzeby w ww. wyjaśnień nie zostały nigdy udostępnione do wiadomości publicznej. Ponadto żaden podmiot konkurencyjny wobec Odwołującego zainteresowany ich pozyskaniem nie ma dostępu do tak szczegółowych zestawień informacji organizacyjnych i gospodarczych dotyczących Odwołującego. Pozyskanie znacznej części ww. danych wymagałoby nakładu czasu i środków ze strony podmiotów konkurencyjnych (np. w trybie dostępu do informacji publicznej czy skorzystania z odpłatnych usług profesjonalnych podmiotów) lub nie byłoby w ogóle możliwe z uwagi na ścisłą ochronę tych informacji przez Odwołującego (procedury wewnętrzne Odwołującego). Ponadto Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, spełnił wszystkie wymagania ustalone w art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący dokonał bowiem zastrzeżenia poufności w dacie przekazywania informacji Zamawiającemu oraz przedstawił szczegółowe wyjaśnienia. Jednocześnie podkreślał, że dążenie Odwołującego utrzymania w poufności całości wyjaśnień wraz z załącznikami wynika z faktu, że wyjaśnienia wraz ze złożonymi dowodami stanowią całość. Informacje zawarte w treści wyjaśnień odnoszą się bezpośrednio do przedstawionych załączników i w dużej mierze mają swoje źródło w treści złożonych procedur.

Jeśli zaś chodzi i uzasadnienie prawne zarzutów to Odwołujący stwierdził, że zastrzegł poufność informacji zawartych w wyjaśnieniach w dacie ich przekazywania Zamawiającemu. Odwołujący przedstawił również szczegółowe wyjaśnienia, które opisują m.in. zmiany struktury organizacyjnej, stosowane procedury ochrony informacji oraz sposób rozwiązania i aktualny status spraw spornych, czyli „dane wrażliwe" w przypadku podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Wykonawca stał na stanowisku, że wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach do tych wyjaśnień zastrzeżone przez Odwołującego:

a) prezentują wartość gospodarczą dla Odwołującego, a będąc informacjami organizacyjnymi i handlowymi, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11

ust. 2 uznk,

b) nie są i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej,

c) Odwołujący podjął i podejmuje w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności,

d) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji ora nie są łatwo dostępne dla takich osób; informacja te nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości, w szczególności w formie całościowych i kompleksowych opracowań zawartych w wyjaśnieniach zastrzeżonych przez Odwołującego.

Wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, zawierają bowiem szczegółowy opis zdarzenia, które spowodowało konieczność wdrożenia procedury samooczyszczenia oraz konkretne działania podjęte przez Odwołującego w ramach self-cleaningu (w szczególności zmiany struktury organizacyjnej oraz wdrożone procedury wewnętrzne). Natomiast wyjaśnienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zawierają zestawienie spraw spornych, które miały miejsce w trakcie realizacji poszczególnych projektów oraz sposób ich rozwiązania przez Odwołującego. Informacje te mają zatem charakter organizacyjny i handlowy.

Kolejno Odwołujący wskazał, że wbrew zarzutom postawionym przez Zamawiającego, w wyjaśnieniach wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji mając świadomość ciążącego na nim obowiązku wynikającego z art. 18 ust. 3 Pzp. Odwołujący wyjaśniał, że informacje zawarte w:

- wyjaśnieniach dot. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp umożliwiają innym wykonawcom m.in.: (i) poznanie skali i statusu sporów sądowych prowadzonych przez Odwołującego; (ii) zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez Odwołującego (struktura organizacyjna, procedury wewnętrzne); (iii) stosowanych procedurach ochrony danych; w przypadku ich odtajnienia konkurenci Odwołującego uzyskają bezpłatny dostęp do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech Odwołującego mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie w innych okolicznościach wymagałoby znacznego nakładu czasu i środków, np. w trybie dostępu do informacji publicznych lub wskutek skorzystania z usług profesjonalnych podmiotów; jednocześnie upublicznienie ww. informacji naraża Odwołującego na konkretne straty finansowe (w szczególności odtajnienie informacji dotyczących stosowanych zabezpieczeń i procedur), czego potwierdzeniem był m.in. poważny atak hakerski na system informatyczny Odwołującego, który miał miejsce w maju 2019 r.

- wyjaśnieniach dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp umożliwiają innym wykonawcom m.in.: (i) poznanie szczegółów zdarzenia, które było podstawą do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia; (ii) działań podjętych przez Odwołującego w tym zakresie, w tym dotyczących struktury organizacyjnej (która nie jest udostępniania poza organizację Odwołującego); (iii) stosowanych procedurach ochrony danych; odtajnienie tych danych umożliwi konkurentom bezpłatny dostęp do informacji,

których pozyskanie w innych okolicznościach wymagałoby znacznego nakładu czasu i środków, np. w trybie dostępu do informacji publicznych lub wskutek skorzystania z usług profesjonalnych podmiotów; jednocześnie upublicznienie ww. informacji naraża Odwołującego na konkretne straty finansowe (w szczególności informacje dotyczące stosowanych zabezpieczeń i procedur), czego potwierdzeniem był m.in. poważny atak hakerski na system informatyczny Odwołującego, który miał miejsce w maju 2019 r.;

- procedury wewnętrzne stanowiące załączniki do wyjaśnień dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp procedury stanowią kompletne wzorce postępowania, które każdy podmiot działający na rynku bez podnoszenia jakichkolwiek nakładów kosztowych i czasowych, może wdrożyć lub skopiować w działalności swojego przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego powyższe przykłady jednoznacznie potwierdzają rynkowy charakter zastrzeżonych danych i przeczą tezie Zamawiającego o jedynie subiektywnym przekonaniu Odwołującego o ich wartości gospodarczej i negatywnych konsekwencjach ich odtajnienia przez Zamawiającego. Przyjęte rozwiązania organizacyjne, sposób organizacji

procesu akwizycji, stosowane systemy zabezpieczające dane czy polityka rozwiązywania kwestii spornych i aktualny status spraw spornych, dotyczą istotnych cech Odwołującego, która wpływają na jego konkurencyjność na rynku.

Kolejno Odwołujący odniósł się do wymagania dotyczące formy i treści zastrzeżenia tajemnicy. W zakresie zarzutu niewykazania przez Odwołującego pozostałych wymagań wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, jego zdaniem należało zauważyć, że Zamawiający nie wskazał wprost, których przestanek zastrzeżenia tajemnicy Odwołujący nie wykazał. Zarzuty Zamawiającego ograniczają się do gołosłownych twierdzeń o ogólnikowości wyjaśnień, braków uzasadnienia i nieprzedłożenia dowodów. Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r. sformułował żądanie, zgodnie z którym „Spółka w swoich wyjaśnieniach powinna odnieść się nie tylko do każdego z dokumentów osobno, ale przede wszystkim dla każdego z tych dokumentów wskazać, które z informacji zawartych w danym dokumencie ma charakter tajemnicy i dlaczego". W kontekście powyższych zarzutów Zamawiającego Wykonawca zauważał, że „żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Zdaniem Odwołującego żądania przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r. co do treści i formy wyjaśnień, w szczególności części zawierającej zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie znajdują zatem podstaw w obowiązujących przepisach prawnych oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto są sprzeczne z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp. Zdaniem Odwołującego żądania Zamawiającego w tym zakresie są nadmierne, a dokonana przez Zamawiającego w oparciu o taki standard ocena dokumentów przedłożonych nieprawidłowa i naruszająca m.in. zasadę proporcjonalności postępowania. Odwołujący stwierdził, że dokonując oceny złożonych przez niego wyjaśnień i dokumentów w oparciu o sformułowane wymaganie, Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności oraz standardy wynikające z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Z uwagi na powyższe w jego opinii uzasadnione jest twierdzenie, że Zamawiający w rzeczywistości nie dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w oparciu o zasady wynikające z ww. przepisów, a apriorycznie je zdysklasyfikował z uwagi na własny subiektywny standard zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazywał, że ustawodawca nie nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone treści tajemnicą przedsiębiorstwa, przedstawienia dowodów potwierdzających zasadność takiego zastrzeżenia. Powyższe oznacza, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w kształtowaniu swojego stanowiska, kładąc nacisk na obowiązek wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia. Twierdzenie to pozwala na przyjęcie, iż to wykonawca, jeżeli uzna to za konieczne, powoła się lub załączy określone dowody, potwierdzające zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji przedstawionych w ofercie. Zdaniem Izby, nie ma możliwości nakładania na wykonawców obowiązku składania dowodów, na potwierdzenie okoliczności powoływanych w treści zastrzeżenia. Pozostawiono w tym względzie pełną swobodę wykonawcy, oczywiście z pełną odpowiedzialnością wykonawcy, w zakresie skutków takiego działania.

Odwołujący zauważał, że nie znajduje potwierdzenia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zarzut Zamawiającego dotyczący nie wykazania „w jaki sposób Spółka kontroluje liczbę i krąg pracowników mających dostęp do zastrzeżonych informacji". Szczegółowe informacje w tym zakresie zawierają zastrzeżone wyjaśnienia oraz Odwołujący przedłożył procedurę dotyczącą procesu akwizycji stosowaną w organizacji, która szczegółowo opisuje krąg osób mających dostęp do informacji przetwarzanych w trakcie procesu akwizycji (z nazwami i skrótami nazw stanowisk osób i komórek organizacyjnych zaangażowanych w ten proces). Nieuzasadniony jest również zarzut Zamawiającego, iż „nie wykazano również, które z przedłożonych dokumentów (dowodów) pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń dotyczących środków (działań), którymi posługuje się Spółka w celu zachowania tajemnicy". Odwołujący podjął celowe działania zapobiegające rozpowszechnianiu zastrzeżonych informacji, które zostały szczegółowo opisane w ww. wyjaśnieniach. Odwołujący opisał bowiem stosowane w jego organizacji systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy zespołów projektowych, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych oraz stosowanych zabezpieczeniach fizycznych dostępu do informacji. Odwołujący w zastrzeżonych wyjaśnieniach wykazał zatem, że informacje zawarte w wyjaśnianiach i załącznikach do wyjaśnień nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem.

W ocenie Odwołującego równie niezrozumiała jest motywacja Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień dot. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający ograniczył się bowiem do ogólnego stwierdzenia dotyczącego szczególnego znaczenia odtajnienia zastrzeżonych informacji z uwagi na fakt, że wyjaśnienia dotyczą fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 Pzp i procedura self-cleaningu jest warunkiem

konkurowania przez Odwołującego w postępowaniach, w których Zamawiający przewidział tę przesłankę wykluczenia. Ponadto Zamawiający w odniesieniu do informacji zawartych w ww. wyjaśnieniach wskazał na brak ich wartości gospodarczej, co jest niezrozumiałe z uwagi na fakt, że Odwołujący szczegółowo opisał zdarzenie, podjęte działania i ich wpływ na strukturę organizacyjną organizacji oraz załączył w celu poparcia swoich twierdzeń szereg dokumentów wewnętrznych. Podkreślał przy tym, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy brak jest podstaw do żądania od Odwołującego upublicznienia szczegółowego opisu zdarzenia będącego postawą wystąpienia wobec Odwołującego fakultatywnej przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i przeprowadzenia procedury self-cleaningu. Informacje o tego typu zdarzeniach nie są bowiem powszechnie dostępne i łatwo identyfikowalne m.in. z uwagi na fakt anonimizacji danych w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Ponadto Wykonawca zauważał, że działania podejmowane przez Zamawiającego powinny być adekwatne i uzasadnione z uwagi na etap postępowania oraz zasady postępowania ustalone w SWZ. Zamawiający w niniejszym przypadku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (art. 139 Pzp). W ramach procedury odwróconej badaniu pod kątem wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu podlega więc jedynie ten wykonawca, który złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom oraz najwyżej ocenioną według ustalonych dla danego postępowania kryteriów oceny ofert. Zamawiający znajduje się obecnie na etapie oceny złożonych ofert. Po zakończeniu tej fazy postępowania na podstawie sporządzonego rankingu ofert, Zamawiający wskaże ofertę najkorzystniejszą i dopiero wobec wykonawcy, którego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą podejmie działania polegające na weryfikacji m.in. fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 Pzp. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego znajduje się na siódmym miejscu w rankingu ofert oraz o 25 mln złotych przekracza budżet Zamawiającego, nie ma żadnych racjonalnych podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona i w konsekwencji wystąpiła lub wystąpi konieczność oceny podmiotowej Odwołującego, w tym wystąpienia przestanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 Pzp. Skoro zatem Zamawiający prowadzi niniejsze postępowanie w formule procedury odwróconej odtajnienie przez Zamawiającego wyjaśnień wraz z załącznikami na tym etapie postępowania jest co najmniej przedwczesne i bezprzedmiotowe. Informacje w nich zawarte nie mają bowiem żadnego wpływu na przebieg tego etapu postępowania i ocenę ofert.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na oba odwołania w pisemnej „Odpowiedź Zamawiającego na odwołania" z dnia 24 września 2021 r. wnosząc o ich oddalenie w całości. W uzasadnieniu ww. stanowiska Zamawiający podniósł następujące argumenty.

W pierwszej kolejności Zamawiającym podniósł, że ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywał na Odwołującym, który takiego zastrzeżenia dokonał. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp to Odwołujący zobowiązany był wykazać, iż podjął przewidziane ustawą odpowiednie działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. Zatem aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji Odwołujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Czynność badania skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego dokumentów i informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przeprowadzona przez Zamawiającego ze szczególną starannością w oparciu o złożone przez Odwołującego w tym zakresie wyjaśnienia, a także w odniesieniu do zastrzeganych dokumentów i informacji. Zamawiający dokonał weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na żądaną ochronę. W wyniku badania i oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów Odwołującego Zamawiający postanowił odtajnić w całości przedmiotowe dokumenty i informacje. Dokumenty i informacje w zakresie w jakim podlegają odtajnieniu przez Zamawiającego stanowiły załączniki do pisma Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2021 r.

Zamawiający zaznaczał, że Odwołujący zastrzegając tajemnicę przedmiotowych informacji i dokumentów nie przedłożył jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień w zakresie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (spełniania przesłanek ustawowych). W szczególności Odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów pozwalających na zweryfikowanie jego twierdzeń dotyczących środków (działań) którymi posługuje się Odwołujący w celu zachowania w tajemnicy poszczególnych dokumentów i informacji. Nadmienić można, że dowodów takich nie załączono także do

odwołania. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania powinien udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że wszystkie zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający 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, oraz że korzystając z tych informacji lub rozporządzając nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający podtrzymał także stanowisko, że informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 uznk musi mieć wartość gospodarczą. Samo przekonanie Odwołującego o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania przez Odwołującego danej informacji za organizacyjną czy handlową wynika jej wartość gospodarcza. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dokonując pismem z dnia 10 sierpnia 2021 r. zastrzeżenia dokumentów i informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał konkretnych okoliczności faktycznych, których wystąpienie uzasadniałoby uznanie zastrzeganych dokumentów i informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera szereg ogólników, które nie mogą stanowić „wykazania" zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 18 ust. 3 Pzp. W uzasadnieniu wskazano między innymi, że:

-„(...) zastrzeżone informacje organizacyjne posiadają istotną wartość gospodarczą. Przedstawiają bowiem w sposób jednoznaczny procesy i metody prowadzenia działalności gospodarczej przez Spółkę, w szczególności procesu akwizycyjnego będącego podstawowym sposobem pozyskiwania kontraktów przez Spółkę (...)";

(...) wyjaśnienia przedkładane zamawiającemu mają dla Spółki wartość gospodarczą, która przekłada się na potrzebę ich ochrony tajemnicą przedsiębiorstwa

Zamawiający podał, że samo stwierdzenie, że dane informacje mają wartość nie wystarczy, aby uznać, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z przedstawionej przez Odwołującego argumentacji nie wynika jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzeżone dokumenty/informacje i jak ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie firmy Odwołującego na rynku. Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Odwołujący nie wskazał, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji/dokumentów oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na sytuację rynkową przedsiębiorcy. Odwołujący nie wykazał z jakiego dokładnie powodu niedostępne mają być dla innych wykonawców załączniki do jego wyjaśnień. W uzasadnieniu nie wykazano istnienia związku przyczynowo skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść Odwołujący. Ograniczono się w tym zakresie jedynie do ogólnych oświadczeń. W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretów obrazujących na przykład to w jaki negatywny sposób wykorzystanie przez inne podmioty konkurencyjne przyjętych rozwiązań dotyczących wiedzy na temat kompletowania i weryfikowania informacji przedstawianych w ofertach, procedur w zakresie weryfikacji przesłanek wykluczenia, procedury self-cleaningu czy przyjętej przez Odwołującego strategii w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą jego działalność w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie udziału w kolejnych postępowaniach. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie odniósł się w swoich wyjaśnieniach do każdego z zastrzeganych dokumentów oraz nie wykazał które z informacji zawartych w danym dokumencie mają spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa i dlaczego. Samo powołanie się na orzeczenia wydane w sprawach dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać uznane za rzetelne wykazanie, że zastrzegane w przedmiotowej sprawie całe treści dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zamawiający zaznacza, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej badając zasadność dokonanego zastrzeżenia zamawiający nie może tej oceny dokonać w oderwaniu od argumentów i dowodów przedstawionych przez wykonawcę. Zamawiający zwracał uwagę, że Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa także samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Zamawiającego takie uzasadnienie niewątpliwie powinno być elementem jawnym i powinno służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawców objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazywanych przez nich informacji. Dodawał, że w treści tego uzasadnienia nie wykazano konkretnych okoliczności faktycznych, których wystąpienie

uzasadniałoby uznanie zastrzeganej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Zamawiającego zasadności podjętej przez niego czynności w żadnej mierze nie zmienia to, że postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołań (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okolicznościach faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w obu sprawach legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący (ten sam podmiot występujący w obu odwołaniach), które zostały powołane poniżej. Z uwagi na tożsamość zarzutów postawionych w obu odwołaniach oraz podobieństwo zaprezentowanej argumentacji Izba przedstawia argumentację, którą w tym samym zakresie należy odnieść do obu odwołań.

Zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Według z art. 18 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zaś ust. 3 powołanego przepisu stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.

Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 uznk, zgodnie, z którym 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.

Natomiast zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w

ogłoszeniu o zamówieniu.

Po dokonaniu wszechstronnej analizy zgłoszonych zarzutów w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Przedstawiając w pierwszej kolejności rozważania natury ogólnej należy wskazać, iż jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. W świetle powołanego przepisu nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na intencję ustawodawcy zawartą w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653), który wprowadził obowiązek wykazania przez wykonawcę podstaw zastrzeżenia, w którym wskazano, m.in.: „Wprowadzenie

obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych"".

Wobec powyższego stwierdzić należy, że przepis art. 8 ust. 3 uprzednio obowiązującej ustawy a obecnie art. 18 ust. 3 Pzp jakkolwiek umożliwia przedsiębiorcy ochronę informacji wrażliwych, stanowiąc wyłom od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej warunkuje skorzystanie z tego przywileju wykazaniem, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji stwierdzić należy, że brzmienie przepisu art. 18 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w opinii składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w zakresie wykazania zasadności zastrzeżenia należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania powinien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Innymi słowy to nie jakiekolwiek wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia.

Izba stoi na stanowisku, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W zakresie wzajemnej korelacji pojęć wykazania i udowodnienia Izby wskazuje, że prezentuje stanowisko tożsame z tym wyrażony w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 14 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17, w którym stwierdzono m. in.: „(...) Bez wątpienia sformułowanie „wykazał" ma

silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie „wykazał" nie jest tożsame z pojęciem „udowodnił", to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie „uprawdopodobnił"". Izba za zasadne uznaje również powołanie wyroku Izby zapadłego w dniu 30 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 464/17, w którym stwierdzono m. in.: „I choć ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek „jedynie" wykazania (nie zaś obowiązek udowodnienia), ze zastrzegane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to obowiązek ten nie może sprowadzać się do złożenia przez wykonawcę oświadczeń, czy zapewnień, a to ze względu na rozumienia wyrazu „wykazać" w języku polskim, tj. jako przedstawienia czegoś w sposób przekonujący. Wykonawcy wolno wiec zrobić więcej, tj. udowodnić, że zastrzegane

informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, jednak nie wolno mu - o ile informacje mają pozostać niedostępne dla innych wykonawców uczestniczących w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zrobić mniej niż wykazać, że informacje te stanowią tajemnice przedsiębiorstwa".

W omawianej kwestii, pomimo zmiany przepisów, wciąż aktualne pozostają rozważania Izby zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia z dnia 10 października 2017 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 2087/17, w którym stwierdzono m. in.: „pod pojęciem „wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również, w określonych okolicznościach, przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku potwierdzania dowodami zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 Znk. Trudno bowiem wyobrazić sobie, przykładowo, wykazanie w powyższy sposób technologicznego charakteru zastrzeżonych informacji, wobec czego w tym zakresie zasadniczo wystarczające jest złożenie przez wykonawcę oświadczenia (z zastrzeżeniem, że może ono podlegać weryfikacji zamawiającego). Także poszukiwanie dowodów potwierdzających okoliczność negatywną, tj. nieujawnienia informacji do publicznej wiadomości, wydaje się problematyczne. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że podjęte zostały niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, które przybierają najczęściej materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, etc.)".

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Odwołujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

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

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane ww. przepisie. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

Wobec tego wykonawca, który chce skutecznie utajnić informacje przedstawiane Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać kumulatywne spełnienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej de lege lata w art. 11 ust. 2 uznk, czyli że zastrzegane informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym

zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Po trzecie - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Natomiast rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W myśl regulacji zacytowanych powyżej niezaprzeczalnym jest, że Odwołujący opatrując składane wyjaśnienia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa" nie mógł ograniczyć się jedynie do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem są informacjami organizacyjnymi i handlowymi przedsiębiorstwa posiadającymi wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji, ale również wykazać, że zastrzeżone informacje mają właśnie taki charakter jak również okoliczności związane z ich zabezpieczeniem i zachowaniem w poufności. Powyższy obowiązek wprost wynika z treści przepisu art. 18 ust. 3 Pzp, który jednoznacznie stanowi, że to właśnie wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nie sprostał temu zadaniu i nie wykazał, że względem zastrzeganych informacji zostały spełnione wszystkie wymagania wynikające z art. 11 ust. 2 uznk, za czym przemawiają następujące argumenty.

Przedmiotem oceny Izby było stwierdzenie, czy Zamawiający na podstawie złożonych mu przez Konsorcjum wyjaśnień i dokumentów prawidłowo ustalił, że Wykonawca wykazał, iż rzeczywiście tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią kwestionowane w odwołaniach wyjaśnienia i dokumenty złożone przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (PORR S.A.), tj.:

1. wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz

2. wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania wraz z załącznikami na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Izba stoi na stanowisku, że każdy stan faktyczny i każdy z zastrzeżonych dokumentów wymaga indywidulanego podejścia, badania i decyzji ze strony Zamawiającego. Niemniej jednak zauważyć należy, że uzasadnienie zachowania w poufności określonego katalogu informacji jest dokumentem szczególnie ważnym z perspektywy wykonawców, bowiem jest źródłem informacji o powodach takiego zastrzeżenia, co oznacza, że jest podstawą służącą weryfikacji zasadności zastrzeżenia poszczególnych informacji. Tym samym należy dążyć do tego, aby tego rodzaju dokumenty jako szczególnie ważne z uwagi na ich charakter, pozostawały jawne. Zaś w uzasadnionych przypadkach wyłączenie jawności odnosiło się jednie do wybranych informacji a nie zastrzeżenia całego dokumentu, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Na wstępie wszechstronnej i wyczerpującej analizy treści wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jak i na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp Izba stwierdziła, że Odwołujący w obu tych dokumentach zacytował przepisy Pzp i uznk jak również zawarł w nich argumentacje odnoszącą się do interpretacji tychże przepisów a także zaprezentował własne stanowisko w tym względzie jak a także powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwa. Ponadto w piśmie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przedstawił opis stanu faktycznego, który jest związany ze wskazaną przesłanką. Tego rodzaju informacje bez wątpienia nie stanowią informacji poufnych. Izba bez trudu odnalazła w ceber przestrzeni orzeczenie wydane przez skład orzekający Izby, które było przyczynkiem do złożenia przez Konsorcjum wyjaśnień Zamawiającemu. Orzeczenie to nie jest zanonimizowane i zawiera pełen opis okoliczności, które legły u podstaw wydania wyroku przez Izbę. Następnie przechodząc do pogłębionej analizy złożonych wyjaśnień pod kątem występowania w nich informacji noszących znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa Izba prezentuje następującą argumentację.

Ad. 1 Wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba dokonując dalszej analizy informacji wskazanych wyjaśnieniach stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych informacji za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przede wszystkim pokreślenia wymaga, że Odwołujący objął klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa nie wybrane informacje a całość wyjaśnień, które zawierały nie tylko informacje dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ale również uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych informacji.

Izba stwierdziła, że Odwołujący podzielił złożone wyjaśnienia na sekcje. W pierwszej z nich Odwołujący zacytował określone przepisy Pzp, zawarł argumentacje odnoszącą się do interpretacji tychże przepisów, a także zaprezentował własne stanowisko w tym względzie (str. 1-2 wyjaśnień). W kolejnej sekcji Wykonawca podał swoje stanowisko uwzględniające zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz zawarł zestawienie tabelaryczne kontraktów, w których naliczono kary umowne, które w całości zostały pozyskane z rynku zamówień publicznych (okoliczność przyznana przez Odwołującego w toku rozprawy) (str. 2-4 wyjaśnień). Ponadto w sporządzone przez Odwołującego zestawieniu nie podano żadnych konkretnych danych liczbowych a jedynie informacje o tym, czy w danej sprawie toczy się spór, ewentualnie czy została zawarta ugoda. W następnej sekcji Odwołujący zamieścił informacje o charakterze oświadczeń (str. 4 wyjaśnień). Natomiast w ostatniej sekcji znalazło się „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa". W tej części wyjaśnień wykonawca zacytował m.in. obowiązujące przepisy, poglądy doktryny oraz orzecznictwo (str. 4-7 wyjaśnień).

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W zakresie zagadnienia dotyczącego „wartości gospodarczej" zastrzeganych informacji Izba w pełni popiera stanowisko Izby, uznając je za własne, wyrażone w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 500/21, który podlegał kontroli instancyjnej (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1.10.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21) w którym stwierdzono m. in.: „W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą" (S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada". (wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r. w sprawi o sygn. akt KIO 500/21).

Na kanwie powyższego stwierdzić należy, że Odwołujący powinien sprecyzować i wykazać już w ramach uzasadnienia wyjaśnień, w jaki sposób ujawnienie konkretnych informacji w nich zawartych osłabiłaby jego pozycję rynkową, czemu w ocenie Izby nie

sprostał. W tej sytuacji podkreślenia wymagało, że Odwołujący nie tylko nie udźwignął ciężaru wykazania, ale nawet wyjaśnienia w czym upatruje wartości gospodarczej wskazanej kategorii informacji zastrzeganych w części opisowej wyjaśnień. Zamawiający słusznie podniósł w odpowiedzi na odwołanie, że Wykonawca w tym zakresie ograniczył się do ogólników o istotnej wartości gospodarczej bez ich szczegółowego omówienia. Izba wskazuje na nietrafności i niedostateczność argumentacji Wykonawcy zawartej w pkt 3, 4 i 9 złożonych wyjaśnień. Zgodzić się należy z Zamawiającym, że wskazywana przez Odwołującego wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji w aspekcie strategii rozwiązywania sporów sądowych nie zasługuje na uznanie. Słusznie stwierdził Zamawiający, że w wyjaśnieniach nie podano żadnych szczegółowych i szczególnych informacji związanych z unikatowym sposobem rozwiązywania sporów przez Wykonawcę. Chybiona jest również ta argumentacja prezentowana podczas rozprawy, która zasadzała się na tym, że informacja o sporach prowadzonych przez jednego z współkonsorcjantów spowoduje pozyskanie przez konkurentów informacji na temat danych finansowych tego podmiotu oraz informacji o umiejętności prowadzenia kontraktu przez tego wykonawcę. W ocenie Izby ww. argumentacja jest błędna ponieważ z tabeli, która nie zawiera jakichkolwiek informacji liczbowych nie sposób wywieść informacji na temat danych finansowych formy. Podobnie należy stwierdzić w odniesieniu do argumentacji opartej o umiejętność prowadzenia kontraktów. Ponadto Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach poza powołaniem stosownych przepisów prawa, poglądów doktryny i orzecznictwa posłużył jedynie ogólnikami, które nie mogą być uznane za takie które wykazują konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

Izba dokonując dalszej pogłębionej analizy informacji wskazanych wyjaśnieniach stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał także w sposób dostateczny wystąpienia kolejnej przesłanki art. 11 ust. 2 uznk związanej z tym, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć.

Odwołujący podkreślał, że zestawienie tabelaryczne znajdujące się w treści wyjaśnień stanowi jego autorskiego opracowanie, które nie było nigdy udostępnione. Co istotne, w toku rozprawy Odwołujący przyznał, że wszystkie wymienione w tabeli kontrakty zawarte w tabeli zostały pozyskane z rynku zamówień publicznych. Ponadto w sporządzonym przez Odwołującego zestawieniu nie podano żadnych konkretnych danych liczbowych a jedynie informacje o tym, czy w danej sprawie toczy się spór, została zawarta ugoda. Zostało również przyznane, że rzeczone informacje mają charakter informacji publicznej. Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego, że informacje te co prawda mają charakter informacji publicznej, ale nie prostej a przetworzonej, a konkurenci nie będą w stanie wykazać interesu, żeby informacje taką pozyskać. Izba stoi na stanowisku, że omawianej kwestii najistotniejsze jest, że zastrzeżone informacje są informacjami publicznymi, co oznacza, że są dostępne w trybie dostępu do informacji publicznej a tym samym, każdy może mieć do nich dostęp po złożeniu wniosku. Odpowiadając zaś na zarzut Odwołującego, że konkurenci nie będą w stanie wykazać interesu, aby uzyskać ww. informacje jako takie, które są przetworzone to Izba wskazuje, że tego rodzaju stwierdzenie stanowi jedynie własne subiektywne przeświadczenie lub też przypuszczenie Wykonawcy, które nie zostało poparte żadnym dowodem, a to na Odwołującym zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar dowodu jako na stronie, która z powyższego zdarzenia wywodzi skutki prawne.

W kontekście powyższego Izba uznała, że również ww. przesłanka w aspekcie zastrzeżonych informacji nie została wypełniona, co oznacza, że brak jest podstaw uznania, że informacje zastrzeżone przez Odwołującego zasługują na objęcie ich klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa.

Analizując ostatnią z przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk dotyczącą podjęcia przez podmiot zastrzegający przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonej informacji w poufności Izba stwierdziła, że również ta przesłanka nie została przez Odwołującego wykazana. Dostrzeżenia wymaga, że w treści wyjaśnień Odwołujący jedynie opisał jakie działania podjął celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności nie przedstawiając w tym zakresie żadnego wiarygodnego dowodu, pomimo że w treści Wykonawca powołał szereg dokumentów, które są w tym zakresie stosowane w przedsiębiorstwie. Powyższe sprowadza wyjaśnienia Odwołującego do niepotwierdzonych stwierdzeń, co w ocenie Izby jest niewystarczające do wykazania omawianej przesłanki wskazanej w art. 11 ust. 2 uznk.

W złożonym odwołaniu oraz podczas rozprawy jako przyczynę braku załączenia do wyjaśnień opisanych w nich dokumentów Odwołujący podawał zdarzenie w postaci ataku

hakerskiego, który sparaliżował na pewien czas pracę w spółce współkonsorcjanta. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego zasadzającej się na wystąpieniu tego rodzaju okoliczności Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, który podnosił, że nie oczekiwał od Wykonawcy dowodów dotykających zapewnienia cyber bezpieczeństwa w spółce ani też podania informacji o szczegółach rozwiązań technicznych charakteryzujących systemy informatyczne posiadane przez wykonawcę a takich, które potwierdzałyby wprowadzenie w przedsiębiorstwie zasad gwarantujących zabezpieczenie informacji zastrzeżonych. Bez wątpienia dokumenty opisane przez Odwołującego można było przekazać Zamawiającemu w formie wyciągu czy też w taki sposób, że informacje wrażliwe można było zasłonić czy też wyczernić.

Odwołujący wskazywał również na ograniczony krąg osób do zastrzeżonych informacji wyjaśniając, że osoby te podpisują zobowiązania o poufności. Jednak na potwierdzenie ww. okoliczności Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. W aspekcie powyższego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie sprostał również wykazaniu ww. przesłanki. Z tych względów Izba stwierdziła, że informacje zawarte w wyjaśnieniach dotyczących przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie zasługują na ochronę i jako takie podlegają ujawnieniu.

Ad. 2 Wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W wyjaśnieniach dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp podobnie jak w wyjaśnieniach dotyczących przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przyjęto sposób podziału wyjaśnień na sekcje. W pierwszej z nich Odwołujący zacytował określone przepisy Pzp zawarł argumentacje odnoszącą się do interpretacji tychże przepisów a także zaprezentował własne stanowisko w tym względzie (str. 1-2 wyjaśnień). W kolejnej sekcji Wykonawca podał okoliczności i przyczyny wykluczenia stwierdzone wyrokiem Izby (str. 2-3 wyjaśnień). W następnej sekcji Odwołujący zamieścił informacje o podjętych działaniach (str. 3-6 wyjaśnień). Kolejno zawarto treść mającą postać oświadczeń Spółki (str. 6 wyjaśnień). Natomiast w ostatniej sekcji znalazło się „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa" (str. 7-11 wyjaśnień). Ww. wyjaśnienia zostały opatrzone klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa". Natomiast załączniki przekazane wraz z ww. wyjaśnieniami nie zawierają tego rodzaju oznaczenia. Izba nie ustaliła, aby w ich treści znajdowały się tego rodzaju informacje. Ponadto w toku rozprawy pełnomocnik Odwołującego, po okazaniu w toku rozprawy oświadczył, że dokumenty posiadające informacje zastrzeżone posiadają znak wodny „Tajemnica przedsiębiorstwa" lub są opatrzone klauzulą „Tajemnica przedsiębiorstwa".

Jedynie celem przypomnienia wskazać należy, że Odwołujący zastrzeżeniem objął całość wyjaśnień dotyczących przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, w tym uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz treść wszystkich załączników.

W zakresie ww. wyjaśnień Izba stanęła na stanowisku, że nie została wykazana przesłanka wskazana w art. 11 ust. 2 uznk dotyczącą podjęcia przez podmiot zastrzegający przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeżonej informacji w poufności. W tym zakresie argumentacja Izby jest zbieżna z tą podaną w A. 1) przy okazji analizy wyjaśnień dotyczących wystąpienia okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Z tych względów Izba odstępuje od jej powielania.

Izba odniesie się jedynie do nowych argumentów, które zostały zindywidualizowane względem wyjaśnień dotyczących okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Za takie należy uznać załączone przez Odwołującego dowody w postaci procedur, czy też instrukcji, które nie zostały przez Odwołującego oznaczone jako takie które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto w swojej treści nie zawierają żadnych informacji o tym, że są dokumentami o takim charakterze. Odwołujący jedynie oświadczył, że ww. dokumenty taki charakter posiadają i z reguły są opatrzone taką informacją, Jednak te przekazane w tym postepowaniu tego rodzaju oznaczenia nie posiadały. Wobec tego stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy osoba nieuprawniona weszłaby w ich posiadanie to nie miałaby świadomości, że ma do czynienia z dokumentem, w którym znajdują się informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba odniosła się również do argumentów Odwołującego o tym, że ww. procedury zawierają informacje newralgiczne z punktu widzenia interesu Odwołującego, ponieważ fakt utworzenia nowego działu w strukturze organizacyjnej Spółki mógłby spowodować możliwość podejmowania dalszych kroków przez konkurentów celem uzyskania

szczegółowych informacji o pracownikach tego działu a w następstwie ich „podkupienie". Izba uznaje tego rodzaju argumentację za chybioną, ponieważ jak zostało ustalone w toku rozprawy pracownicy Odwołującego mają nieograniczoną możliwość posługiwania się informacjami o tym na jakim stanowisku pracują i w jakiej organizacji (np. na portalach społecznościowych typu LinkedIn).

W tym miejscu zasadnym jest odwołanie się do stanowiska Izby zawartego w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 500/21 w którym Izba stwierdziła, że: „Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że rotacja kadr nie jest niczym nadzwyczajnym. Oczywistym jest, że pracownicy mogą przejawiać chęć zmiany pracodawcy w sytuacji, gdy dotychczasowe warunki zatrudnienia im nie odpowiadają (np. z powodu stawek wynagrodzenia niższych od rynkowych). W tej sytuacji konieczne jest zapewnienie przez pracodawcę odpowiedniego wynagrodzenia dla pracowników, a także zawarcie odpowiednich umów o zakazie konkurencji. Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący Comarch, pomimo spoczywającego na nim ustawowego obowiązku, w uzasadnieniu zastrzeżenia nie próbował nawet wykazywać, że oferuje swym specjalistom z wykazu nierynkowe stawki uzasadniające przypuszczenie, że mogą oni przejawiać chęć rozwiązania umowy o pracę. Nie argumentował też, że nie przyjęła się u niego praktyka zawierania umów o zakazie konkurencji".

Na końcu Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 Pzp na kanwie okoliczności związanych z tym, że Zamawiający prowadzi postępowanie z wykorzystaniem procedury odwróconej a oferta Odwołującego w obu postępowaniach zostały sklasyfikowana na odległych pozycjach. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że kwestia ta nie ma znaczenia z punktu

widzenia zasadności zastrzeżenia przez Odwołującego określonego katalogu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jedynie dodatkowo Izba dodaje, że przepisy dotyczące możliwości zastrzegania informacji nie są nawet w najmniejszym stopniu związane z miejscem wykonawcy w rankingu ofert czy też typem procedury, co powoduje, że tego rodzaju okoliczności nie mogą warunkować przeprowadzania lub nie przeprowadzania badania informacji zastrzeganych przez wykonawców pod kątem klasyfikowania ich jako takich, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując Izba stwierdziła, że Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zwartych w wyjaśnieniach z dnia 10 sierpnia 2021 r. zarówno tych dotyczących przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt Pzp jak i tych dotyczących art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Konsekwencją powyższego jest uznanie przez Izbę, że zgłoszone zarzuty nie potwierdziły się, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postepowań odwoławczych w sprawie o sygn. akt KIO 2664/21 i KIO 2665/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 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) obciążyła Odwołujących. Izba wskazuje, że na koszty postępowań odwoławczych w kwocie 47 200 zł, na którą składał się koszt wpisu od odwołań uiszczony przez Odwołujących (40.000 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w obu sprawach (7 200 zł).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: