Sygn. akt: KIO 3210/21

WYROK

z dnia 25 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów

przy udziale wykonawcy Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 (dwadzieścia tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) 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. KIO 3210/21

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, dalej zwana „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km" (nr postępowania: O.RZ.D-3.2410.2.2021).

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający doszedł do przekonania, że załączone do wyjaśnień wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, dalej „odwołujący”, załączniki nie spełniają wymagań, aby

zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez odtajnienie wyjaśnień odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazał, że dokumenty te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa;

a w konsekwencji

(2) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności odtajnienia dokumentów stanowiących wyjaśnienia odwołującego;

(2) uznania, że wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa
Wskazując na spełnienia przesłanki interesu we wniesieniu odwołania podał, że

odtajnienie przez zamawiającego dokumentów złożonych przez odwołującego może doprowadzić do poniesienia przez odwołującego szeroko rozumianych strat finansowych w toku przyszłej i aktualnej działalności biznesowej, jak również może znacząco osłabić pozycję odwołującego na rynku zamówień publicznych z uwagi na możliwość zapoznania się przez konkurencyjnych wykonawców z kluczowymi informacjami związanymi z prowadzoną przez odwołującego działalnością.

Uzasadniając podniesione zarzuty podał, iż w treści dokumentacji postępowania - w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ") zamawiający w pkt 9 wskazał, że w stosunku do wykonawców ubiegających o się zamówienia badane będą fakultatywne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp. Wśród fakultatywnych przesłanek wykluczenia zamawiający badał przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Pismem z dnia 27 września 2021 r. zamawiający zobowiązał odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. oświadczenia zawartego w JEDZ w odniesieniu do podstawy wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w szczególności:

- wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych z naliczeniem przez zamawiającego kar umownych, które są lub w niedalekiej przyszłości będą przedmiotem sporu sądowego, w szczególności:

• wskazania czy kary umowne naliczone zostały z przyczyn leżących po stronie odwołującego;

• wskazania czy kary umowne zostały naliczone z uwagi na znaczny stopień lub zakres nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszych umów o zamówienie publiczne lub umów koncesji;

Pismem z dnia 8 października 2021 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia wraz z załącznikami stanowiącymi w dużej mierze korespondencję odwołującego z poszczególnymi zamawiającymi, stanowiska procesowe oraz dokumentację kontraktową, których tematem były szczegóły realizacji danego zamówienia publicznego. Odwołujący zastrzegł cześć opisową wyjaśnień wraz z częścią załączników, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 20 października 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu wyjaśnień złożonych przez odwołującego w postępowaniu (z wyjątkiem załączników nr 14, 27, 28, 32, 33). Odwołujący nadto podał, że nie kwestionuje czynności zamawiającego w zakresie odtajnienia załączników 47-51 (odwołanie nie obejmuje odtajnienia tych dokumentów).

Podał, że treść pisma o odtajnieniu sprawia wrażenie jakby zamawiający całkowicie ignorował okoliczność, że przedstawione przez odwołującego informacje mają dla odwołującego szczególną wartość, bowiem przedstawiają informacje odnoszące się bieżącej sytuacji odwołującego na poszczególnych kontraktach oraz wewnętrznych metod, które

umożliwiają odwołującemu prowadzenie biznesowej działalności. Co szczególnie istotne, dokumenty te w istotnej mierze stanowią załączniki do dokumentacji związanej z toczącymi

się sporami sądowymi (a tego typu dokumentacja pozostaje jawna jedynie dla stron i uczestników postępowania sądowego). Mimo to, zamawiający zastrzeżone informacje zrównuje z ogólnodostępnymi danymi, które z łatwością może uzyskać każdy podmiot. Takie stanowisko jest jednak nieuzasadnione i dla odwołującego krzywdzące. Podkreślił, że odwołujący w złożonych wyjaśnieniach wykazał spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk, jak również zastrzegł jedynie te informacje i dokumenty, które rzeczywiście zawierają dane o charakterze podlegającym ochronie. Wskazał, że działania podjęte przez odwołującego uznać należy za w pełni oddające kompromis pomiędzy dwoma dobrami, z jakimi mamy tutaj do czynienia, tj. jawnością postępowania, a z drugiej strony prawem do ochrony informacji mającej dla wykonawcy wartość gospodarczą. Uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi się, bowiem wiązać z przyzwoleniem na ujawnienie wszelkich szczegółów swojej działalności. Nawiązał do wyroku Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r., w którym Trybunał stwierdza: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontradyktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych". Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą.

Odnosząc się do zarzutu zamawiającego, iż odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał spełnienia wymagań z art. 11 ust. 2 Uznk podkreślił, że aby zgodnie z tym przepisem dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;

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

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

Obok istnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk odnoszących się do charakteru informacji, konieczne jest, bowiem jeszcze podjęcie przez wykonawcę określonych czynności. Dopiero po ich wykonaniu możliwe będzie objęcie danych informacji ochroną. Na marginesie wskazał, że do tego właśnie sprowadza się specyfika związana z tajemnicą przedsiębiorstwa na gruncie Pzp. Może się bowiem okazać, że dana informacja posiada cechy pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jeżeli wykonawca nie podejmie określonych działań, to nie będzie ona podlegała ochronie. Kluczowym zatem, zarówno w kontekście obowiązków obciążających wykonawcę jak i zasadności niniejszego odwołania, jest ustalenie, jakim obowiązkom sprostać musi wykonawca, aby chroniona przez niego informacja nie została ujawniona. W tym kontekście analizie poddać należy zarówno obowiązki o charakterze formalnym (tj. sposób, w jaki muszą być podejmowane czynności wykonawcy), jak i aspekt materialny (tj. sama zawartość informacji).

Oceniając czynność zamawiającego wskazał na element, iż obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji, jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który obiektywnie pozwoli mu uznać, że informacje te zasługują na ochronę. Jednakże argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego, jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec. Zakres owego „wykazania" zależy od tego, jakich okoliczności dotyczy. Otóż wykazanie np. podjęcia odpowiednich działań w przedsiębiorstwie w celu utrzymania określonych informacji w poufności jest stosunkowo łatwe i w tym zakresie zamawiający ma uzasadnione prawo oczekiwać złożenia konkretnych dowodów (wykonawca, o ile rzeczywiście takie działania podjął, nie będzie miał problemu z wykazaniem tego zamawiającemu). W odniesieniu do tej przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk mamy, zatem do czynienia z czymś więcej niż jedynie „uprawdopodobnieniem". W tym zakresie bowiem wykonawcy winni wręcz „udowodnić" wykazywane okoliczności, nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiającemu przedłożono stosowne dowody odnoszące się np. do klauzul ujmowanych w umowach o pracę, wewnętrznych regulaminów, metod ochrony informacji itd. Gdyby więc w odniesieniu do tej przesłanki wykonawca jedynie „uprawdopodabniał", niewątpliwie uznać należałoby, że nie sprostał wymogom „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

Podkreślił, że odwołujący sprostał wskazanym wyżej wymaganiom, a wobec tego,

przedłożone zamawiającemu wyjaśnienia nie powinny były zostać odtajnione. W piśmie o odtajnieniu zamawiający koncertuje się na przesłance art. 11 ust. 2 Uznk mówiącej o wartości gospodarczej informacji. W treści pisma o odtajnieniu zamawiający podał, że odwołujący nie przedstawił wartości gospodarczej informacji przedstawionych z wyjaśnieniach. Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający stwierdził, że „z przedstawionej argumentacji nie wynika, jaką dokładnie wartość gospodarczą mają zastrzeżone dokumenty/informacje i jak ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku." Dalej z kolei Zamawiający wskazał, iż „w uzasadnieniu nie wykazano związku przyczynowo - skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca. Tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, a brak przedstawienia przez Wykonawcę w tym zakresie dowodów podważa wiarygodność samych oświadczeń Wykonawcy."

W nawiązaniu do powyższego odwołujący stwierdził, że z powyższą oceną zamawiającego nie można się zgodzić, gdyż odwołujący w stosunku do poszczególnych dokumentów i informacji w nich zawartych wykazał, że dane te wypełniają znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa, a w szczególności wykazał, z jakich konkretnie powodów informacje te odznaczają się wartością gospodarczą dla odwołującego. Podkreślił, że z całą pewnością nie sposób zaakceptować stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca zastrzegający tajemnicę w odniesieniu do poszczególnych dokumentów, powinien każdorazowo odnosić się do każdego z nich i przedstawiać indywidualne uzasadnienie dla wszystkich dokumentów. Motywacje dla zachowania w tajemnicy poszczególnych dokumentów mogą być przecież wspólne dla kilku z nich, w takim przypadku za czynność zupełnie zbędną należałoby uznać powtarzanie tej samej argumentacji w opisie każdego zastrzeganego dokumentu.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach odwołujący wskazał, że wyjaśnienia te zawierają informacje, które ściśle obrazują realizację poszczególnych kontraktów. Zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa pisma kontraktowe sporządzone przez

odwołującego w trakcie realizacji konkretnego zamówienia stanowią swoisty know-how odwołującego, który przejawia m.in. w sposobie argumentowania roszczeń składanych do zamawiających (roszczeń o przedłużenie terminów wykonania, roszczeń o zapłatę za roboty dodatkowe itp.) oraz obronie przed roszczeniami zamawiających. Z tych właśnie powodów nie powinny być odtajniane takie dokumenty jak: załączniki nr 6, 7, 8 (zawierają roszczenia wykonawcy), załącznik nr 5 (pismo dot. projektu zamiennego) czy załączniki nr 22, 25-26, 31 (wnioski o zmianę umowy).

Podkreślił także, że taki rodzaj dokumentów (pisma kontraktowe) przedstawiają informacje newralgiczne i istotne z biznesowego punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej, a same w sobie opisują konkretne procedowane na bieżąco zdarzenia gospodarcze, które mają realny wpływ na status odwołującego w przetargach publicznych. Nie jest prawdą, że nie mają one wartości gospodarczej. Każdy z wykonawców posługuje się własnymi, opracowanymi w toku wieloletniej działalności i będącymi pochodną posiadanego doświadczenia i zasobów merytorycznych, metodami realizacji inwestycji publicznych. Metody te (w szczególności dobór argumentacji związanej z dochodzeniem praw wynikających z kontraktów) niewątpliwie zasługują na ochronę. Tego typu informacje zawierają takie załączniki jak: nr 9 (pismo w sprawie programu naprawczego), 15, 19-21, 44-46 (pisma dot. kar umownych). Na okoliczności te wskazywał odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym wraz z wyjaśnieniami. Podał, iż nie da się przy tym nie dostrzec, że upublicznienie opisów realizacji poszczególnych kontraktów, a wraz z nimi odpowiednich dowodów w postaci pism kontraktowych, może negatywnie wpłynąć na prowadzenie przez odwołującego działalności gospodarczej, a w konsekwencji może negatywnie wpłynąć na fakt podjęcie stosownych rozmów ugodowych z instytucjami zamawiającymi. Odwołujący zwracał na to uwagę zamawiającego w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, zamawiający zdaje się pomijać, jakie negatywne skutki może przynieść odtajnienie informacji, które de facto nie są publicznie dostępne w takiej formie (oryginalnej korespondencji odwołującego skierowanej do zamawiających).

Kolejnym, według odwołującego ważnym argumentem, przemawiający za brakiem podstaw do odtajniania poszczególnych dokumentów, jest przepis art. 9 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z tym przepisem prawo do przeglądania akt sprawy (w tym do otrzymywania odpisów, kopii lub wyciągów z akt) przysługuje jedynie stronom i uczestnikom postępowania. Tym samym według odwołującego dostęp do akt sprawy ograniczony jest względem osób postronnych (a do takich zalicza się wszelkie osoby i podmioty niebędące stronami lub uczestnikami postępowania). Podał, że załączniki przedłożone przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami z 20.10.2021 roku stanowią dokumenty włączone do akt postępowań sądowych prowadzonych przez odwołującego i jako takie zasługują na ochronę i nie mogą być ujawniane. Podkreślił, że ochrona, o której mowa w art. 9 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego obejmuje nie tylko pozwy, czy inne pisemne

stanowiska procesowe (których Zamawiający rzeczywiście nie odtajnił), ale także załączniki do nich. Niewątpliwym jest zatem, że odtajnienie takich informacji zmniejszyłoby konkurencyjność odwołującego w innych przetargach, bowiem otoczenie konkurencyjne z łatwością zapoznałoby się z wewnętrznymi dokumentami odwołującego stanowiącymi omawiane pisma kontraktowe i procesowe. Ujawnienie informacji wynikających z zastrzeżonych dokumentów oznaczałoby udostępnienie konkurencji informacji o strategii gospodarczej Odwołującego i metodach prawnych reagowania na nieprawidłowe działania zamawiających.

Zauważył, iż informacje wynikające z wyjaśnień znane są tylko ograniczonemu kręgowi osób - pracownikom spółki, którzy byli odpowiedzialni są za przygotowanie kompleksowej oferty. Odwołujący wskazał przy tym, że dostęp do tych informacji posiada tylko wąska grupa pracowników odwołującego (w tym zarząd spółki), co z kolei przekłada się na jednoznaczny wniosek, że informacje te nie są upublicznione. W tym kontekście, odwołujący podał, że w stosunku do zastrzeganych informacji spełniła się druga z przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa - zastrzegane informacje nie są powszechnie znane.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

We wstępnym odniesieniu się do zarzutów odwołania wskazał na obowiązek zamawiającego, polegający na przeprowadzaniu każdorazowej, indywidualnej oceny czynności dokonanych przez wykonawcę - w tym w szczególności polegającej na ocenie prawidłowości zastrzeżenia treści dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Kontrola w tym zakresie polega w szczególności na zbadaniu, czy przedmiotowa czynność została dokonana w sposób zgodny z przepisami, a tym samym czy zastrzeżona, jako poufna informacja rzeczywiście spełnia wymagania ustawowe w świetle konkretnych okoliczności sprawy.

Realizując to zobowiązanie w zakresie czynności odtajnienia z dnia 20 października 2021 r., zamawiający podkreślił, iż ustalił:

1) brak skonkretyzowania wartości gospodarczej zastrzeżonych dokumentów i informacji;

2) brak wykazania istnienia związku przyczynowo - skutkowego między ujawnienie zastrzeżonych informacji a szkodą, jaką może ponieść Odwołujący;

3) brak przedstawienia dowodów potwierdzających ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodał, że po przeanalizowaniu zarzutów odwołania podtrzymuje dotychczasowe stanowisko, iż odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych przez niego informacji, a tym samym zastrzeżenie treści składanych dokumentów nie mogło zostać uznane za skuteczne. Podał, że odwołujący w sposób bardzo ogólny powołuje się na różnego rodzaju ryzyka związane z odtajnieniem zastrzeżonych informacji jak np. trudność konkurowania w innych zamówieniach. Przywołał w tym kontekście orzeczenie KIO, która w wyroku z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2691/19 uznała, że „Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność "wykazania" oznacza obowiązek dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa konkretnych dokumentów, czy ich treści. Zauważył, że za zasadne wykazanie zastrzeżenia tajemnicy nie może być uznane ogólne uzasadnienie sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji, legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa - czy też orzecznictwa sądów bądź KIO - dotyczących interpretacji przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przedstawione przez odwołującego argumenty są gołosłowną deklaracją, iż zawarte w dokumentach informacje spełniają określone wymagania. Zauważył, że odwołujący zdaje się także forsować zasadność dokonanego zastrzeżenia, powołując się na mechanizmy wynikające z samego faktu konkurowania ze sobą podmiotów w obrocie gospodarczym oraz subiektywnym przekonaniu, że zastrzeżone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto podkreślił, że oświadczenia odwołującego nie zostały poparte wiarygodnymi dowodami, stanowiąc jedynie gołosłowne oświadczenia. Przykładowo - lista osób przygotowujących oferty, wobec treści zastrzeżonych, jako tajemnica jest indyferentna, skoro w realizacji konkretnej umowy uczestniczyły inne osoby z ramienia odwołującego, jako wykonawcy. Odwołujący zdaje się wywodzić, że z samego charakteru informacji należy uznać konieczność zachowania ich w poufności. Elementem formalnym zastrzeżenia tajemnicy jest podjęcie i wykazanie działań zmierzających do ochrony. Odwołujący nie skwantyfikował wartości poszczególnych informacji, jako niosących jakąkolwiek wartość gospodarczą, a w szczególności w kontekście przedkładanych dokumentów, tj. skutkującej budowaniem realnej przewagi rynkowej, a nie wyłącznie gołosłownych twierdzeń, na temat rzekomej wartości gospodarczej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

wykonawca Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa poparł stanowisko zamawiającego wyrażone zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również zaprezentowane na rozprawie. W szczególności odniósł się do stanowiska odwołującego, według którego,

każdy dokument załączony do pozwu czy skargi, jest objęty tajemnicą i brak jest możliwości jego udostępnienia. Podał, że akta sprawy zawierają cały szereg dokumentów referujących do pozwu i jako takie stanowią treść dokumentu, do którego mogą podmioty uzyskać dostęp. Podkreślił, iż fakt, że dany dokument w danym momencie stanowi załącznik do pozwu nie czyni z niego dokumentu podlegającego utajnieniu ze względu na ten fakt. Wskazał, że odwołujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają dla niego te dokumenty, które odtajnił zamawiający, wykazując, iż np. taką wartością będzie to, że inny podmiot uzyska informację, że dany wykonawca zapłacił karę umowną. Według przystępującego jest to niezasadne, gdyż o fakcie naliczenia kary umownej dla danego wykonawcy każdy inny wykonawca może uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej od zamawiającego. Również w tym postępowaniu na podstawie innych udostępnionych dokumentów fakt zapłaty przez odwołującego kar umownych został wykazany.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego, na podstawie zebranego materiału oraz oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych na rozprawie,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie nie jest zasadne, gdyż podniesione zarzuty nie znalazły potwierdzenia w dowodach i dokumentach postępowania.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na

podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, treści odwołania, pism i dowodów oraz stanowisk stron i przystępującego podanych do protokołu rozprawy.

Na wstępie wskazać należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jawność dokumentów postępowania została również w nowej ustawie Pzp podniesiona do rangi zasady. Pełna jawność procedur sprawia, że każdy zainteresowany

może śledzić tryb kontraktowania środków, wskazywać nieprawidłowości czy zaniechania uczestników postepowania. Jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu, zgodnie z opinią UZP, ograniczenie zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. W kontekście

powyższego Izba zauważa, że występujące w zamówieniach publicznych naruszanie zasady jawności i tym samym przejrzystości postępowania jest zjawiskiem niebezpiecznym dla prawidłowego przebiegu toku postępowania. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji, zostają pozbawieni możliwości

kwestionowania nieujawnionych im informacji, zawartych w treści ofert i wnoszenia od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, środków ochrony prawnej. Dlatego też w każdym postepowaniu rolą zamawiającego, jest dokładna analiza podstaw zastrzeżenia treści danego dokumentu, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż częstym powodem zastrzegania, jako tajemnicy treści dokumentów składających się ofertę, jest uniemożliwienie innym wykonawcom kontroli spełniania przez wykonawcę postawionych przez zamawiającego w SWZ wymagań, których spełnienie warunkuje dopuszczenia danego wykonawcy do udziału w postępowaniu oraz wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Wykonawca składający oświadczenie o objęciu danej treści z oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa winien wykazać zamawiającemu, że dana informacja stanowi w rzeczywistości dla jego firmy tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa może być uznane za skuteczne tylko, gdy wykonawca wykaże w sposób precyzyjny i pełny, że zastrzegany dokument lub jego część spełnia wymagania ustawowe, a nadto, że jego ujawnienie naraziłoby wykonawcę na szkodę mającą realną wartość gospodarczą.

Zauważyć należy, że co do zasady wykonawca wykazując zasadność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy może przekazać zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia odnoszące się do każdego zastrzeganego dokumentu z osobna, lub wykazać spełnianie wymagań, co do całości zastrzeganych dokumentów łącznie. Jednakże wskazane powyżej sposoby wykazania zasadności zastrzeżenia mogą mieć różny skutek dla wykonawcy. W

przypadku wykazywania zasadności zastrzeżenia każdego dokumentu z osobna to zamawiający ma obowiązek dokonać oceny zasadności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa każdego dokumentu z osobna w oparciu o przedstawione dla uzasadnienia tej czynności okoliczności prawne i faktyczne. Natomiast w sytuacji, kiedy wykonawca dokonuje wykazania zasadności objęcia określonych treści, czy dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa za pomocą argumentacji odnoszącej się łącznie do całości zastrzeganych dokumentów - jak to miało miejsce w tym postępowaniu, to naraża się na ryzyko, iż zamawiający, czy też Izba, w przypadku zakwestionowania zasadności zastrzeżenia danej treści czy dokumentu, uznaje brak wykazania zasadności objęcia tajemnicą całości zastrzeżonych treści czy dokumentów. Rolą zamawiającego jest obiektywna ocena znaczenia danych informacji dla wykonawcy w kontekście treści zawartych w uzasadnieniu tej czynności, czyli wykazania spełnienia wymagań ustawowych w tym zakresie przewidzianych w przepisach Pzp i uznk. Izba podkreśla, że wykazanie zasadności nadania charakteru poufnego wnioskowanym dokumentom jest wyłączną powinnością odwołującego, który powinien jasno wskazać argumentację przemawiającą za utrzymaniem w poufności licznych dokumentów różniących się treścią oraz znaczeniem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeśli zamawiający stwierdzi, że chociażby część z tych zastrzeganych dokumentów nie zasługuje na ochronę to w sytuacji, kiedy uzasadnieniem o zastrzeżeniu poufności objęto łącznie całość dokumentów to może uznać, że zasadność zastrzeżenia nie została wykazana. Z art. 18 ust.3 Pzp jasno wynika, że zastrzeżeniu podlega informacja posiadająca określoną charakterystykę pozwalającą na obiektywną ocenę, nie zaś wyrażone ogólnie subiektywne przekonania wykonawcy. Na wykonawcy spoczywa, zatem obowiązek wykazania zastrzeżenia konkretnej informacji podanej w konkretnym dokumencie w indywidualnych okolicznościach sprawy (por. wyrok KIO z dnia z dnia 4 stycznia 2021 r syg. KIO 3223/20). Dodać należy, że co do zasady możliwość zastrzeżenia tajemnicy dotyczy określonej informacji, a nie całości dokumentu w którym ta treść się znajduje.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa znaczną część załączników przy pomocy, których wykazywał zamawiającemu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zamawiający po dokonanej ocenie uznał, że załączniki do pisma odwołującego z dnia 20.10.2021 roku, wskazane w poz. 48-51 nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są powszechnie znane, jako udostępnione w innych postępowaniach, w których uczestniczył odwołujący. Zauważyć należy, że odwołujący podał w odwołaniu, że nie kwestionuje również zasadności odtajnienia załącznika z poz. 47 mimo tego, że pierwotnie dokumenty te zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie dokumentów wskazanych w załącznikach w poz. 14,27,28,32 i 33, gdyż odwołujący wykazał, że posiadają dla niego wartość gospodarcza. W pozostałym zakresie tj. w zakresie załączników zawartych w poz. 5-5; 14-15;19-22;25-28;31-33 zamawiający uznał niezasadność zastrzeżenia treści tych dokumentów.

Odwołujący uznając częściową niezasadność takiej czynności zamawiającego powołał się kwestię, iż część załączników załączonych do wyjaśnień z dnia 20.10.2021 roku stanowi załączniki do pozwu skierowanego przez odwołującego do sądu okręgowego. Odwołujący wywodził, że zgodnie z przepisem art. 9 §1 kpc pozew wraz z załącznikami dostępny jest tylko dla stron i uczestników postępowania i nie może być udostępniony osobom trzecim.

Odnosząc się do powyższego Izba nie uwzględniła zasadności tego zarzutu. Wskazać należy, że faktycznie zgodnie z przepisem art. 9 §1kpc ustalającym zasadę jawności w postepowaniu cywilnym rozpoznawanie spraw odbywa się jawnie, chyba, że przepis szczególny stanowi inaczej. Strony i uczestnicy postępowania mają prawo przeglądać akta sprawy i otrzymywać odpisy, kopie lub wyciągi z tych akt. Treść protokołów i pism może być także udostępniana w postaci elektronicznej za pośrednictwem systemu teleinformatycznego obsługującego postępowanie sądowe (system teleinformatyczny) albo innego systemu teleinformatycznego służącego udostępnianiu tych protokołów lub pism. Jednakże zdaniem Izby, niezasadne jest wywodzenie z powyższego przepisu, że jawność postępowania ograniczona jest tylko do stron i uczestników. Czym innym jest możliwość udostępnienia dokumentów załączonych do akt sprawy cywilnej, a czym innym uznanie, że zawierają one tajemnicę i z tego powodu nie powinny być udostępniane. Zauważyć należy, że rozprawa przed sądem jest co do zasady jawna, w więc obecność na sali rozpraw nie jest ograniczona tylko do obecności stron i uczestników postępowania. W trakcie rozprawy, strony i uczestnicy mogą przywoływać informacje i wywodzić wnioski z całości dokumentacji sprawy, a tym samym również z treści materiału zgromadzonego w sprawie w formie załączników do pozwu, czy dowodów w sprawie. Tym samym wiedzę w tym zakresie może posiąść każdy, kto uczestnicy w rozprawie niekoniecznie będący stroną czy uczestnikiem tego postępowania.

Izba uznaje, że dany dokument będący w danym momencie załącznikiem do pozwu, nie staje się z tego faktu dokumentem zastrzeżonym, jako tajemnica przedsiębiorstwa. O tym decyduje wyłącznie obiektywna rzeczywistość, że dany dokument dotyczący danego

podmiotu zasługuje na objęcie go tajemnicą, gdyż w przeciwnym przypadku może spowodować uszczerbek w majątku tego podmiotu, gdyż posiada dla niego bezsprzecznie wartość gospodarczą. Referowany przepis art 9 §1 kpc w powyższym zakresie odnosi się w szczególności do kwestii technicznych, tj. do troski o sprawne działanie sądu, który nie powinien zajmować się udostępnianiem treści akt sprawy, każdemu kto taką wolę wyrazi.

Kolejnym argumentem mającym przemawiać za zasadnością podniesionych zarzutów w odwołaniu, jest według odwołującego okoliczność, że informacje zawarte w zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentach nie mogą być udostępniane także w ramach przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej „udip" (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176, z 2021 r. poz. 1598, 1641), gdyż nie są to dokumenty urzędowe wytworzone i podpisane przez funkcjonariusza publicznego, ponieważ zostały wytworzone przez podmioty prywatne.

Izba uznała niezasadność tego zarzutu, gdyż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rozciąga się również na inne dokumenty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z udip wynika także obowiązek udostępniania innych niż umowy dokumentów, posiadających walor informacji publicznej, a dotyczących postępowań przetargowych i szeroko pojętej realizacji zamówień publicznych. (por. np. wyrok NSA z 24 sierpnia 2017 r. sygn. akt I OSK 3168/15).

Co do zasady, korespondencja przygotowana i wykorzystana w celu realizacji zadania publicznego (zamówienia) stanowi informację publiczną, jako materiały powstałe i służące dla realizacji tego zadania. Wszystko, co wiąże się bezpośrednio z funkcjonowaniem i trybem działania podmiotów, które dysponują środkami publicznymi i realizują zadania

publiczne stanowi informację publiczną (por. wyroki NSA z 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt I

OSK 307/16, WSA w Warszawie z 18 stycznia 2017 r. sygn. akt II SAB/Wa 522/16).

Zdaniem Izby wskazać należy także na treść art. 6 ust. 1 udip, który zawiera przykładowe

wyliczenie danych stanowiących desygnat terminu "informacja publiczna" i zgodnie z pkt 5

udostępnieniu podlega cała informacja publiczna dotycząca sfery majątku publicznego, w tym zadań finansowanych ze środków finansowych wchodzących w skład tego majątku. Tak więc intencję ustawodawcy było, aby wszelkie informacje związane z wykorzystaniem środków publicznych podlegały udostępnieniu. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że publiczny dostęp do danych związanych z wydatkowaniem środków publicznych jest niezbędny, aby zapewnić pełną kontrolę nad racjonalnością i efektywnością gospodarowania majątkiem publicznym. Do takich sytuacji należy zaliczyć realizowanie inwestycji publicznych w trybie ustawy prawo zamówień publicznych. Tym samym udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej winny podlegać zarówno treści dokumentów bezpośrednio przez ww. podmioty wytworzone, jak i te w oparciu, o które dany dokument urzędowy został wytworzony. (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 9 października 2019 r. II Ca

2126/19, wyrok WSA w Warszawie z 14 lipca 2020 r. sygn. II Sab/WA 176/20).

Do tej kategorii wg. ww. orzeczenia WSA zaliczyć należy treść dokumentów, odnoszących się do organu władzy publicznej, jak też podmiotu niebędącego organem administracji publicznej. Są nimi zarówno treści dokumentów bezpośrednio przez ww. podmioty wytworzone, jak i te, których używają przy realizacji przewidzianych prawem zadań, nawet, gdy nie pochodzą wprost od nich.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała niezasadność zarzutów odwołania. Brak jest

podstaw do tego, aby uznać zasadność stawianej w odwołaniu tezy, iż treści zawarte w odtajnionych załącznikach stanowią know-how zamawiającego w szczególności w zakresie użytej argumentacji, przy pomocy, której odwołujący uzyskałby dla siebie rzekomo korzystne rozpatrzenie wniesionych do zamawiającego zastrzeżeń i uwag, co do naliczonych kar umownych. Jednakże zauważyć należy, że żaden dowód na poparcie tej tezy nie został zarówno zamawiającemu, jak i Izbie przedstawiony. Tym samym wywodzenie skuteczności takich pism, jak i uzyskanie określonych wartości finansowych pozostaje tylko w sferze twierdzeń odwołującego. Izba zauważa, że odwołujący przy pomocy gry słów stara się wywrzeć wrażenie, iż treść ww. dokumentów posiada dla odwołującego określoną - istotną wartość gospodarczą.

Izba zauważa, że powyższa argumentacja odwołującego, zmierza w szczególności do objęcia tajemnicą okoliczności wskazujących, iż odwołujący w sposób niewłaściwy wykonywał dane zamówienie, gdyż zapłacił z tego tytułu kary umowne naliczone przez zamawiającego. Zdaniem Izby takie podejście do treści dokumentów związanych w szczególności z zapłatą kar umownych nie zasługuje na ochronę pomimo tego, iż

niewątpliwie w pewnym sensie osłabia pozycje takiego wykonawcy na rynku zamówień. Odnosząc się wprost do stanowiska odwołującego, iż tajemnicą przedsiębiorstwa winny być objęte treści pism, cyt. zawierające sposób argumentowania roszczeń składanych do zamawiających (roszczeń o przedłużenie terminów wykonania, roszczeń o zapłatę za roboty dodatkowe itp.) oraz obronie przed roszczeniami zamawiających, gdyż metody te (w szczególności dobór argumentacji związanej z dochodzeniem praw wynikających z kontraktów) niewątpliwie (według odwołującego- przypis wł.) zasługują na ochronę.

Izba zauważa, iż jak wskazano powyżej argumentacja odwołującego w tym zakresie nie była na tyle skuteczna, aby zapobiec naliczeniu tych kar. Chęć ukrycia przed rynkiem zamówieniowym problemów odwołującego, jakie miały miejsce w wykonywaniu zamówień nie jest tym dobrem, który zasługiwałby na ochronę, tj. ukrycie tych zdarzeń przed innymi uczestnikami rynku. Odwołujący w żaden konkretny sposób nie wykazał jaką konkretnie wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty - załączniki do wyjaśnienia odwołującego z dnia 20.10.2021 roku. Dla skutecznego podniesienia zarzutu odwołujący był zobowiązany przedstawić nie tylko określone okoliczności, z których wywodził naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ale przede wszystkim przedłożyć dowody na ich potwierdzenie, czego w wystarczającym zakresie nie uczynił.

Izba w wyniku oceny dokumentacji postępowania, stanowisk stron i przystępującego, a także dowodów przedłożonych na rozprawie uznała, że podjęta przez zamawiającego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty odpowiada prawu, jest słuszna, a przedstawiona argumentacja i wywodzenie wniosków ze stanu faktycznego znajduje oparcie w materiale dowodowym.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....