

WYROK

z dnia 20 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2022 r. przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe

Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

- 1) Oddala odwołanie w całości.
- 2) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości Odwołującego - wykonawcę „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu i:
  - a) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu tytułem wpisu od odwołania,
  - b) zasądza od Odwołującego - wykonawcy „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu na rzecz Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu honorarium pełnomocnika procesowego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 1748/22

#### Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej

„Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Opracowanie projektów wykonawczych

i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: "Prace na obwodnicy towarowej Poznania"”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 17 stycznia 2022 r., Nr 2022/S 011-025031.

W dniu 1 lipca 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu w dniu 21 czerwca 2022 r. decyzji o odtajnieniu części oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa THALES Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „podwykonawca THALES”), tj. podmiotu trzeciego, który jako podwykonawca udostępnił Odwołującemu swoje zasoby na potrzeby postępowania, zamieszczonej w pliku o nazwie „7. Tajemnica Przedsiębiorstwa”, obejmującej informacje i dokumenty dotyczące procedury samooczyszczenia przeprowadzonej przez podwykonawcę THALES w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy PZP (dalej jako „Procedura samooczyszczenia”) pomimo, że informacje te zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, zgodnie z wymaganiami art. 18 ust. 3 ustawy PZP.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Procedura samooczyszczenia przeprowadzona przez podwykonawcę THALES nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i rzekomo nie została skutecznie zastrzeżona przez Odwołującego w postępowaniu li tylko z tej przyczyny, iż Odwołujący nie wykazał

przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w takim

samym stopniu i zakresie jak uczynił to podwykonawca THALES - podczas gdy w zaistniałej sytuacji konieczne i zarazem wystarczające, a przy tym zgodne z art. 18 ust. 3 ustawy PZP, było wykazanie wyżej wymienionych przesłanek wyłącznie w odniesieniu do przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES (co zdaniem Odwołującego on uczynił, a czego Zamawiający nawet nie zakwestionował). Jednocześnie Odwołujący podał, że informacje składające się na Procedurę samooczyszczenia stanowią wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES, a nie przedsiębiorstwa Odwołującego, a co za tym idzie brak jest podstaw do wymagania aby to Odwołujący wykazywał wystąpienie przesłanek warunkujących istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES działaniami / dowodami, które odnosiłyby się (również i w takim samym stopniu) do przedsiębiorstwa Odwołującego. Przy czym według Odwołującego nawet gdyby uznać, że to Odwołujący był zobligowany na równi z podwykonawcą THALES do wykazania spełnienia przesłanek art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to wymóg ten został spełniony w stopniu wystarczającym do objęcia dokumentów wchodzących w zakres Procedury samooczyszczenia ustawową ochroną.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu nieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r. dotyczącej odtajnienia części oferty Odwołującego zawartej w pliku o nazwie „7. Tajemnica Przedsiębiorstwa”, a tym samym utrzymanie w mocy dokonanego przez Odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do treści informacji i dokumentów zawartych w tym pliku.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu swoich zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie odtajnił Procedurę samooczyszczenia stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES tylko z tego powodu, że Odwołujący miał rzekomo nie wykazać przesłanek koniecznych do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w takim samym stopniu i zakresie jak uczynił to podwykonawcy THALES, nie znajduje oparcia w prawie. Zdaniem Odwołującego w szczególności forsowana przez Zamawiającego teza jakoby skuteczność zastrzeżenia przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów podmiotu trzeciego wymagała aby oba te podmioty na takich samych zasadach wykazały spełnienie przesłanek

z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, absolutnie nie wynika z art. 18 ust. 3 ustawy PZP. W decyzji swojej Zamawiający w ogóle nie odwołuje się do brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy PZP, lecz skupia się w zasadzie wyłącznie na próbie wykazania, że wymóg taki miałby rzekomo wynikać z wybiórczo i bezrefleksyjnie przywołanego orzecznictwa KIO, z którego wybrane zdania próbuje „na siłę” dopasować do przyjętej przez siebie chybionej tezy, nie zauważając przy tym, że przywoływane przez niego wyroki zapadały w konkretnych stanach faktycznych, całkowicie odmiennych od sytuacji jaka dotyczy Odwołującego oraz dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES.

Uzasadniając argument dokonania przez Zamawiającego błędnej wykładni art. 18 ust. 3 ustawy PZP Odwołujący wywodzi, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia nie ma charakteru absolutnego - Zamawiający powinni respektować poufność dokumentów składanych

przez wykonawców, jeżeli stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obowiązki zastrzeżenia oraz wykazania, o których mowa w art. 18 ust. 3 ustawy PZP, skierowane zostały do wykonawcy, niezależnie od tego czy

tajemnica przedsiębiorstwa jaką wykonawca zastrzega dotyczyć będzie przedsiębiorstwa

wykonawcy, czy też przedsiębiorstwa innych podmiotów, takich jak np. podwykonawcy, czy podmioty trzecie udostępniające zasoby. Stanowi to naturalną konsekwencją faktu, że to wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia i to on składa zamawiającemu określone dokumenty, nawet jeżeli pochodzą one od innych podmiotów, którymi wykonawca posługuje się przy złożeniu oferty. Obowiązek ten nie może jednak być oderwany od konkretnych okoliczności faktycznych. Według Odwołującego oczywistym jest, że z ochrony prawnej w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa korzystać może każdy podmiot będący uczestnikiem procedury prowadzącej do udzielenia zamówienia publicznego, a zatem również podmioty trzecie czy podwykonawcy. W takim przypadku to ten podmiot wykazać musi, że danej informacji można przypisać wartość, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast oczekiwanie, że zrobi to za każdym razem wykonawca (a więc również wtedy, gdy to nie jego dotyczą chronione informacje) jest nieuzasadnione - skoro to podwykonawca oczekuje ochrony prawnej, to tylko on jest w stanie wykazać ową wartość. Postawienie analogicznego wymogu przed wykonawcą prowadzi do wniosków absurdalnych i niedających się pogodzić z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego z uwagi na wielość możliwych stanów faktycznych ustawodawca świadomie skonstruował przepis prawny z art. 18 ust. 3 ustawy PZP w sposób uniwersalny w celu zagwarantowania ochrony nie w odniesieniu do skonkretyzowanego w przepisie dysponenta tajemnicy przedsiębiorstwa (dysponentem takim ad casu mogą być bowiem różne podmioty - konsorcjanci, podwykonawcy, podmioty trzecie, poddostawcy, itp.), lecz w odniesieniu do określonego w tym przepisie przedmiotu, jakim jest tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołanie do wykonawcy pojawia się wyłącznie w kontekście wskazania adresata określonych obowiązków formalnych, jakie w związku z tajemnicą przedsiębiorstwa należy wykonać w postępowaniu przed zamawiającym - nie przesądza zaś czyjego przedsiębiorstwa te czynności mają dotyczyć, a co będzie zależne od danej sytuacji faktycznej. Prawidłowe zastosowanie art. 18 ust. 3 ustawy PZP wymaga zatem w pierwszej kolejności ustalenia przez każdorazowego zamawiającego, z czyją tajemnicą ma on w danym przypadku do czynienia, a tym samym, kto pełni rolę podmiotu uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi, o którym mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to bowiem do tego podmiotu odnosi się ten przepis. Błędne ustalenie podmiotu - właściciela tajemnicy przedsiębiorstwa, spowoduje w konsekwencji niewłaściwe zaadresowanie oczekiwań zamawiającego co do wykazywania spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Idąc dalej, Odwołujący uzasadnia, że w niniejszej sprawie to Zamawiający poczynił wadliwe ustalenia odnośnie podmiotu, którego dotyczyć ma wykazywanie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający po prostu błędnie przyjął, iż tym podmiotem ma być również Odwołujący. Tymczasem Odwołujący zastrzegł tajemnicę, która nie dotyczy jego przedsiębiorstwa, ale wyłącznie przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES, zaś sam Odwołujący będąc jedynie pośrednikiem w przekazywaniu tej tajemnicy do Zamawiającego nie jest podmiotem o którym mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie miał zatem jakichkolwiek podstaw do przyjmowania, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES jednocześnie koniecznym było, aby niezależnie od THALES również Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyjęty przez Zamawiającego wymóg wykazania przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie tylko przez podwykonawcę THALES ale także przez Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczny i niemożliwy do zrealizowania w zaistniałej sytuacji, albowiem Zamawiający wymaga wykazania, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, a więc składające się na Procedurę samooczyszczenia przeprowadzoną przez podwykonawcę THALES i stanowiące wyłącznie tajemnicę jego przedsiębiorstwa, spełniają jednocześnie wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do przedsiębiorstwa Odwołującego. Natomiast wykazanie przedmiotowych przesłanek przez Odwołującego tak, jak tego wymaga Zamawiający, mogłoby być uzasadnione i obiektywnie możliwe tylko w razie przyjęcia, że Procedura samooczyszczenia podwykonawcy THALES stanowiąca tajemnicę jego przedsiębiorstwa, stanowi też tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. W tym postępowaniu Odwołujący zastrzegł w swojej ofercie potrzebę zachowania przez Zamawiającego w poufności Procedury samooczyszczenia stanowiącej wyłącznie tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES a nie tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Odwołujący dokonując w swojej ofercie tego zastrzeżenia wypełnił jedyny obowiązek, jaki w zaistniałej sytuacji mógł na nim z mocy prawa spoczywać i jaki też nałożył na niego podwykonawca THALES. Odwołujący dalej wyjaśnił, że podwykonawca THALES udostępnił mu poufną Procedurę samooczyszczenia wyłącznie w celu jej dalszego przekazania do Zamawiającego, na potrzeby przeprowadzenia przez niego badania podmiotowego podwykonawcy THALES pod kątem przesłanek wykluczenia przyjętych

w postępowaniu dla wykonawcy, natomiast w wyniku takiego udostępnienia Odwołujący nie stał się dysponentem tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Procedura samooczyszczenia nie stała się tajemnicą jego przedsiębiorstwa. Odwołujący nie może przedmiotową tajemnicą swobodnie rozporządzać jak „właściciel”, w szczególności nie może rozszerzać ani zawężać zakresu informacji objętych tajemnicą przez podwykonawcę THALES. Uzyskanie przez Odwołującego dostępu do Procedury samooczyszczenia podwykonawcy THALES zrodziło po jego stronie jedynie zobowiązanie do zachowania tajemnicy podwykonawcy THALES w poufności wobec osób trzecich, które to zobowiązanie Odwołujący wypełnił czyniąc w ofercie stosowne zastrzeżenie o poufnym charakterze przekazywanej Procedury samooczyszczenia oraz wykazując w sposób kompleksowy przy pomocy Uzasadnienia podwykonawcy THALES oraz uzupełniająco Uzasadnienia Odwołującego, że zastrzegane dokumenty rzeczywiście stanowią dla podwykonawcy THALES tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a przez to że zasługują w tym postępowaniu na ochronę. Ponadto zdaniem Odwołującego - skoro Procedura samooczyszczenia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES - przyczyny, dla których podwykonawca traktuje Procedurę samooczyszczenia jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, powinny jednoznacznie wynikać z jego udokumentowanych wyjaśnień, a nie z wyjaśnień Odwołującego. Odwołujący wskazał, że wykonując nałożony na niego obowiązek „wykazania” wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy PZP posłużył się Uzasadnieniem podwykonawcy THALES, przy pomocy którego udowodnił, że faktycznie Procedura samooczyszczenia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa tego podmiotu, a co za tym idzie Zamawiający nie powinien jej udostępniać osobom trzecim. Podkreślił przy tym, że Zamawiający nie zakwestionował Uzasadnienia podwykonawcy THALES

1 nie poddał pod wątpliwość, że Procedura samooczyszczenia stanowi dla podwykonawcy istotną wartość gospodarczą oraz że ten podejmuje niezbędne działania zmierzające do zachowania tej Procedury w poufności. Poza tym z niewiadomych względów Zamawiający zupełnie zignorował Uzasadnienie podwykonawcy THALES oraz załączone do niego dowody. Jednocześnie z nieznanых przyczyn Zamawiający wymagał aby dowody potwierdzające istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES pochodziły także dodatkowo od Odwołującego i w konsekwencji wobec ich braku w Uzasadnieniu Odwołującego Zamawiający odmówił utrzymania Procedury samooczyszczenia w poufności. Zamawiający nie dostrzegł, że w zaistniałej sytuacji rola Odwołującego sprowadzała się tylko do uzyskania od podwykonawcy THALES uprawnienia do przekazania jego poufnych informacji do Zamawiającego, natomiast Odwołujący nie stał się przez to dysponentem/właścicielem zastrzeganej tajemnicy, która cały czas pozostała przy podwykonawcy THALES. Uznawanie przez Zamawiającego, że skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest uzależnione od wykazania przesłanek z art. 11 ust.

2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę i podwykonawcę prowadzi do wniosku, że jak długo dana informacja nie dotyczy obydwu podmiotów, to tak długo nie jest możliwe zapewnienie jej ochrony przed upowszechnieniem, czego nie da pogodzić się z art. 18 ust. 3 ustawy PZP i co prowadzi do faktycznego braku możliwości skutecznego posługiwania się mechanizmem tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący wywodzi, że Zamawiający powinien był ocenić działania podejmowane przez Odwołującego i podwykonawcę THALES - wykazane odpowiednio w obydwu Uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - w sposób

kompleksowy i wzajemnie uzupełniający się, mając na względzie różne role pełnione przez te podmioty i związane z nimi obowiązki - tj. podwykonawcę THALES występującego jako właściciel zastrzeganej tajemnicy przedsiębiorstwa, który korzysta z ochrony przewidzianej w przepisach prawa oraz Odwołującego będącego jedynie pośrednikiem w przekazaniu tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES do Zamawiającego, zobowiązanego przez niego do odpowiedniego postępowania z przekazywaną tajemnicą. W opinii Odwołującego w stanie faktycznym tej sprawy od podwykonawcy THALES oczekiwać należało sporządzenia udokumentowanych wyjaśnień potwierdzających zaistnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którymi Odwołujący mógł posłużyć się wykazując Zamawiającemu, że przekazywana Procedura samooczyszczenia faktycznie spełnia ustawowe przesłanki uznania jej za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa (co podwykonawca THALES uczynił przygotowując swoje Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, do którego Zamawiający nie wniósł żadnych uwag), natomiast od Odwołującego należało oczekiwać co najwyżej, że zastosuje się do nałożonego na niego przez podwykonawcę THALES obowiązku zachowania przekazywanej mu tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności, a czemu Odwołujący sprostał zastrzegając w ofercie, że Procedura samooczyszczenia przekazywana Zamawiającemu nie może zostać ujawniona, ani wykorzystana przez nieuprawnione podmioty, jak również potwierdzając w swoim Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że w celu wykonania nałożonego na niego zobowiązania stosuje opisane w tym dokumencie środki techniczne i prawne. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego należało zatem traktować jedynie jako uzupełnienie w stosunku do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES. Według Odwołującego - w kontekście obowiązków formalnych nałożonych na wykonawcę w art. 18 ust. 3 ustawy PZP, prawidłowym

zachowaniem ze strony Zamawiającego powinno być zbadanie złożonego za pośrednictwem Odwołującego Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES i to dopiero od treści tego dokumentu i załączonych do niego dowodów, uzależnienie oceny czy doszło do skutecznego wykazania, iż Procedura samooczyszczenia spełnia przesłanki uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przy tym Zamawiający powinien wziąć pod uwagę Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Odwołującego wyłącznie pomocniczo, traktując treści w nim zawarte jedynie jako dodatkowy dowód potwierdzający, że podwykonawca THALES zastrzega przedmiotową tajemnicę skutecznie. Według Odwołującego za nie znajdujące podstaw należy uznać podejście Zamawiającego, w ramach którego ocenia on Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego i jego podwykonawcy THALES całkowicie odrębnie w relacji do każdego z tych przedsiębiorstw, stawiając przy tym w odniesieniu do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego zbyt daleko idące i nieadekwatne wymagania, jakie w kontekście art. 18 ust. 3 ustawy PZP można stawiać jedynie wobec Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES. Jeżeli Zamawiający chciał dokonywać indywidualnej oceny Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, to powinien to uczynić w sposób proporcjonalny do tego, czego w zaistniałej sytuacji wymagać można w odniesieniu do działań Odwołującego, który nie jest „właścicielem” tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES. Biorąc pod uwagę ograniczoną rolę pełnioną przez Odwołującego w kontekście zastrzeganej tajemnicy, można od niego było oczekiwać co najwyżej tego, że swoim Uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa potwierdzi on, że podwykonawca THALES nałożył na niego zobowiązanie do zachowania poufności przy przekazywaniu przedmiotowej tajemnicy Zamawiającemu oraz że Odwołujący to zobowiązanie respektuje, co też Odwołujący uczynił składając w tym zakresie własne, nie budzące wątpliwości oświadczenie. Zdaniem Odwołującego za nadmiarowe uznać też należy wymagania Zamawiającego, aby wszelkie twierdzenia / oświadczenia, jakie są mu przedkładane w związku z wykazywaniem tajemnicy przedsiębiorstwa, były poparte „dowodami” niezależnie od tego, czy przedmiotowe twierdzenia / oświadczenia pochodzą od upoważnionego właściciela tajemnicy, czy też od wykonawcy, któremu właściciel tajemnicy jedynie przekazał zastrzeganą tajemnicę na potrzeby jej dalszego przedłożenia Zamawiającemu. Oczekiwanie aby Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dowody na wszelkie swoje twierdzenia i oświadczenia, to wymaganie „dowodu do dowodu”. Według Odwołującego w świetle art. 18 ust. 3 ustawy PZP

i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji brak jest jakichkolwiek podstaw, aby oczekiwać od niego dawania dalszych dowodów dotyczących organizacji jego przedsiębiorstwa.

Poza tym Odwołujący - cytując tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach KIO

496/18 (wyrok z dnia 30 marca 2018 r.), KIO 1132/18 (wyrok z dnia 20 czerwca 2018 r.), KIO 979/20 (wyrok z dnia 9 lipca 2020 r.) i KIO 2781/20 (wyrok z dnia 20 listopada 2020 r.) - uważa,

że brak jest podstaw do przyjmowania, iż niewskazanie przez wykonawcę dowodów jest zawsze i bezwarunkowo tożsame z niewykazaniem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał też, że pogląd o możliwości wykazania istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa bez przedstawiania dowodów, a wyłącznie na podstawie wyczerpującego oświadczenia pozostaje aktualny również w najnowszym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Powołał się przy tym na wyrok Izby w sprawie KIO 2322/21 (wyrok z dnia 16 września 2021 r.). Bezwzględny wymóg przedstawienia dowodów w celu wykazania spełnienia przesłanek z art. 18 ust. 3 ustawy PZP należy uznać za nadmierny i stanowiący wykładnię contra legem, ale nawet jeśli by przyjąć, że Odwołujący miał jednak samodzielnie wykazać istnienie zastrzeganej tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES, to w świetle powołanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wystarczające powinno być złożenie przez niego w tym zakresie wiarygodnego oświadczenia z dokumentami pochodzącymi od podwykonawcy THALES. Natomiast uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego powinno być rozpatrywane z uwzględnieniem dokumentów oraz oświadczeń składających się na Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES. Jakakolwiek próba nałożenia na Odwołującego przez Zamawiającego obowiązku składania dalszych dowodów stanowi działania nadmierne i nieproporcjonalne, wynikające z niedostatecznie wnikliwego zbadania stanu faktycznego przez niego.

Ponadto Odwołujący zakwestionował poglądy prawne Krajowej Izby Odwoławczej wynikające

z uzasadnień wyroków w sprawach KIO 1460/17 (wyrok z dnia 28 lipca 2017 r.) i KIO 2123/20 (wyrok z dnia 25 września 2020 r.), na które w uzasadnieniu swojej Decyzji z dnia 21 czerwca 2022 r. powoływał się Zamawiający, a które zdaniem Odwołującego zapadły w innych stanach faktycznych niż stan faktyczny zaistniały w tym postępowaniu i które zostały zaprezentowane przez Zamawiającego w sposób wybiórczy i bezrefleksyjny.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, ofertę złożoną przez Odwołującego razem z załączonymi do niej Uzasadnieniami zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego i podwykonawcy THALES oraz Decyzję Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r. o odtajnieniu części oferty Odwołującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie i NDI Energy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dopiewie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem Konsorcjum to reprezentowane przez wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie nie wykazało należytego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W ocenie Izby samo ogólnikowe i czysto probabilistyczne powoływanie się na to, że interes zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawców może w tym przypadku polegać na oczekiwaniu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zgodny z przepisami ustawy, jest niewystarczające.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 18 lipca 2022 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz dokumentów stanowiących załączniki do pism złożonych przez Strony. W szczególności

Izba wzięła pod uwagę napomknięte już wcześniej Uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołującego i podwykonawcy THALES (które Odwołujący załączył także do odwołania) oraz Decyzję Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2022 r. o odtajnieniu części oferty Odwołującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej oraz dokumentów złożonych przez Strony na rozprawie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie na „Opracowanie projektów wykonawczych i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: "Prace na obwodnicy towarowej Poznania"". Numer referencyjny zamówienia to 9090/IRZR3/21556/00077/22/P.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 stycznia 2022 r., Nr 2022/S 011-025031.

W podrozdziale 14.15. SWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie lub inne dokumenty udowadniające, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w pkt 6 podrozdziału 14.15. SWZ, powinny być złożone wraz z ofertą jako Załącznik do Formularza złożenia oferty. Uzasadnienie podstawy zastrzeżenia informacji powinno odpowiadać na następujące pytania:

1. Czy zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób?
2. Jakie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne, które wykonawca uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa, zawarte są w zastrzeżonych informacjach?
3. Czy i ewentualnie jaką wartość gospodarczą posiadają powyższe informacje?
4. Jakie niezbędne działania - przy zachowaniu należytej staranności - zostały przez wykonawcę podjęte w celu zachowania poufności danych objętych tymi informacjami?

Odwołujący do swojej oferty załączył m. in. dokument, w którym zastrzegł informacje i dokumenty dotyczące procedury, którą w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy PZP przeprowadził podmiot trzeci udostępniający mu potencjał na potrzeby tego postępowania - podwykonawca THALES. Odwołujący wskazał, że katalog zastrzeganych dokumentów znajduje się w folderze „7. Tajemnica przedsiębiorstwa”. W uzasadnieniu swoich zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że wymienione informacje i dokumenty spełniają wszystkie wymagania, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. posiadają wartość gospodarczą, nie są ujawnione do wiadomości publicznej, a podmiot trzeci podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności.

Odwołujący dodał, że podwykonawca THALES zobowiązał go do zachowania tych informacji w tajemnicy, ponieważ ich ujawnienie mogłoby skutkować dla obu podmiotów utratą przewagi konkurencyjnej na rynku, na którym działają.

Odwołujący potwierdził, że zastrzeżone informacje odnoszące się do podwykonawcy THALES nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej nie tylko przez ten podmiot, ale również przez Odwołującego. I na tej podstawie, Odwołujący zobowiązał się względem podwykonawcy chronić zastrzeżone informacje, w związku z czym ewentualne ujawnienie tych informacji może rodzić po jego stronie odpowiedzialność odszkodowawczą.

W dalszej części zastrzeżenia Odwołujący podał katalog zabezpieczeń, które fizycznie chronią go przed odtajnieniem informacji niejawnych:

- a) ochrona fizyczna przed wejściem do siedziby Odwołującego osób nieuprawnionych oraz zapewnijająca obchód po godzinach pracy biura,
- b) zabezpieczenie biura alarmem, sprzężonego z agencją ochrony: uruchomienie alarmu powoduje przyjazd grupy interwencyjnej,
- c) przechowywanie dokumentów, przy zachowaniu środków ostrożności, w sposób uniemożliwiający dostęp osób trzecich (np. szafki zamykane na klucz, informacje elektroniczne zapisywane na serwerze Odwołującego, poza pulpitem i dyskiem komputera pracownika),
- d) system haseł logowania do komputerowego środowiska pracy.

W przedsiębiorstwie Odwołującego obowiązują również zabezpieczenia o charakterze prawnym:

- a) klauzule umowne stosowane w umowach z pracownikami i współpracownikami o zachowaniu informacji w poufności,
- b) klauzule umowne o zakazie konkurencji,
- c) przyporządkowanie dostępu do określonych informacji w zależności od zajmowanego stanowiska (do informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa ma dostęp jedynie ograniczony zakres osób),
- d) postanowienia regulaminu pracy,
- e) klauzule poufności w stosunkach z kontrahentami - dostawcami i usługodawcami.

Wszystkie powyższe działania mają służyć ograniczeniu możliwości wejścia przez konkurencję w posiadanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Do oferty Odwołującego zostało załączone również Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez podwykonawcę THALES, który jako tajemnica przedsiębiorstwa zastrzegł następujące informacje stanowiące część dowodów wymienionych w oświadczeniu składanym w trybie art. 110 ust. 2 ustawy PZP w ramach Procedury samooczyszczenia:

- 1) Dowód nr 7: Lessons Learnt - obejmujący obszar wewnętrznej organizacji i strategii podwykonawcy THALES i potwierdzający doświadczenie tego podwykonawcy w reagowaniu na sytuacje kryzysowe,
- 2) Dowód nr 8: Program szkoleń i dowód nr 9: Raport szkoleniowy nr 7 - zawierające autorskie, unikatowe i nieznane konkurencji, opracowane na bazie doświadczenia i wiedzy pracowników podwykonawcy informacje dotyczące szczegółów jego strategii, w szczególności w zakresie kreowania i rozwijania kompetencji pracowników w poszczególnych zespołach oraz ilustrujące przeprowadzanie określonych działań kontrolnych i zaradczych przez ten podmiot,
- 3) Dowód nr 10: Oświadczenie HR THALES Polska - dotyczący osób z którymi podwykonawca THALES zerwał wszelkie powiązania, obejmujący też m. in. informacje na temat indywidualnych warunków zatrudnienia byłych współpracowników oraz

struktury organizacyjnej firmy,

4) Dowód nr 11: Główne Zasady Organizacji i Zatwierdzania Ofert wraz z tłumaczeniem - dokument odzwierciedlający globalną strategię Grupy THALES w związku z ofertowaniem oraz określający wypracowane na przestrzeni lat zasady będące wynikiem doświadczeń Grupy THALES w ubieganiu się i realizacji zamówień na całym świecie,

5) Dowód nr 13: Porozumienie z dnia 5 lipca 2019 r. - zawierający szczegółowe informacje dotyczące m. in. warunków współpracy z jego podwykonawcą oraz wysokości i warunków płatności wynagrodzenia,

6) Dowód nr 14: Analiza zmian w procesie projektowania branż automatyki kolejowej, telekomunikacji i elektroenergetyki dla THALES Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie ze szczególnym uwzględnieniem rozwoju Wewnętrznego Biura Projektowego - dokument stanowiący informację o strategii Spółki THALES w zakresie projektowania, w szczególności w związku z rozwojem własnych kompetencji w tym zakresie, w celu ograniczenia polegania na zdolnościach podmiotów trzecich,

7) Dowód nr 15: Procedura przygotowania ofert - bazujący na wieloletnim doświadczeniu na rynku podwykonawcy THALES dokument opisujący wszystkie kroki, jakie powinny zostać podjęte w celu rzetelnego przygotowania oferty, pozwalający na usprawnienie

i unormowanie procesu przygotowania wyceny,

8) Dowód nr 16: prezentacja Chorus 2.0 Process Essentials wraz z tłumaczeniem - dokument zawierający szczegółowe informacje o konstrukcji systemu jakościowego Grupy THALES, którego stosowanie pozwala Grupie na skuteczne funkcjonowanie na międzynarodowym rynku, w wielu branżach dotyczących zaawansowanych technologii,

9) Protection of Group Information wraz z tłumaczeniem, stanowiący dodatkowo załącznik nr 2 do Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - instrukcja ochrony informacji Grupy THALES, która w szczególności wskazuje poziomy wrażliwości informacji chronionych w ramach Grupy THALES, wraz z zasadami dostępu do nich.

Podwykonawca złożył wyraźne oświadczenie, że informacje, co do których złożył zastrzeżenie, iż stanowią one jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane, nie należą do informacji określonych w art. 222 ust. 5 ustawy PZP. Jednocześnie wskazał, że w odniesieniu do każdej z zastrzeżonych informacji spełnione zostały wymagane ustawowe przesłanki.

Dodał też, że na zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa składają się opisane w Uzasadnieniu informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa jak i inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które zarówno jako całość lub w poszczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, a także nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Jednocześnie podwykonawca THALES oświadczył, że przy zachowaniu należytej staranności podjął niezbędne działania, w celu utrzymania wymienionych powyżej informacji w poufności, albowiem informacje te są przechowywane z zastosowaniem stosownych zabezpieczeń, gdzie tylko nieliczni, upoważnieni do tego pracownicy (zarząd, osoby bezpośrednio przygotowujące ofertę) mają do nich wgląd. Osoby te nie tylko zostały poinformowane o poufności informacji, ale również zobowiązały się do zachowania tej poufności. Pliki przesyłane są drogą elektroniczną w formie zaszyfrowanej, natomiast dostęp do kont e-mail i komputerów pracowników, którym udostępniono te pliki, został zabezpieczony hasłem. Ponadto podwykonawca THALES wskazał w Uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że posiada wdrożone wewnętrznie regulaminy, w szczególności „Regulamin przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”, „Protection of Group Information”, Regulamin Pracy, które zobowiązują jego pracowników oraz współpracowników do zachowania poufności. Dokumenty te podwykonawca THALES załączył do swojego Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podwykonawca THALES wyjaśnił, że w szczególności dokumenty: „Regulamin przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” oraz „Protection of Group Information”

określają reguły, wytyczne oraz zalecenia odnośnie bezpieczeństwa informacji, precyzyjnie regulując poszczególne aspekty związane ze skuteczną ochroną informacji. Stosowanie tych regulacji umożliwia mu m. in. efektywną identyfikację danej informacji jako poufnej, identyfikacji działań niezbędnych do podjęcia w celu ochrony tajemnicy, wdrożenie adekwatnych zasad zarządzania i archiwizacji dokumentacji, zasad bezpiecznej komunikacji. Ponadto obowiązujące regulacje, jak i przyjęte rozwiązania, poddawane są okresowej weryfikacji i aktualizacji.

Ponadto podwykonawca THALES podjął szereg innych działań, obejmujących zarówno fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, w celu zachowania kontroli nad informacjami poufnymi, w tym m. in.:

- a) zawiera z kontrahentami i współpracownikami umowy o zachowaniu poufności (umowy NDA),
- b) kontroluje dostęp do informacji - wyłącznie upoważnione osoby mają dostęp do baz danych o osobach współpracujących z podwykonawcą THALES i doświadczeniu ekspertów oraz baz danych o przebiegu realizacji poszczególnych projektów,
- c) obiegowi dokumentów została zapewniona poufność - dokumenty w formie papierowej są przechowywane w zamkniętych i zabezpieczonych szafach, natomiast przesyłane w formie elektronicznej są archiwizowane w bazie danych o ograniczonym dostępie,
- d) system informatyczny podwykonawcy THALES został zabezpieczony - komputery zabezpieczono indywidualnymi hasłami podlegającymi okresowym zmianom, są one też chronione profesjonalnymi programami antywirusowymi oraz fire-wall, natomiast nad bezpieczeństwem informatycznym podwykonawcy THALES czuwają dedykowane temu służby informatyczne,
- e) poinformował pracowników i osoby współpracujące o potrzebie ochrony informacji oraz zobowiązał ich do zachowania informacji w poufności (np. postanowienia umów o pracę i umów cywilnoprawnych, zobowiązania do zachowania w tajemnicy danych, do których określone osoby mają dostęp, zakazy konkurencji),
- f) zapewniono monitoring biura i rejestr wejść „osób z zewnątrz”, stosowane są karty dostępu do biura, zabezpieczono biuro alarmem,
- g) pracownicy odchodzący z firmy są każdorazowo pisemnie informowani o zasadach związanych z przestrzeganiem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy THALES po rozwiązaniu umowy o pracę / umowy współpracy,
- h) w korespondencji elektronicznej podwykonawca THALES stosuje zastrzeżenia w językach polskim i angielskim o zachowaniu poufności, które zwyczajowo zamieszczane są w stopce korespondencji elektronicznej,
- i) opisane powyżej dokumenty są aktualizowane i dostosowywane do przepisów zmieniającego się prawa.

Następnie w dniu 21 czerwca 2022 r. Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu części oferty Odwołującego złożonej w przedmiotowym postępowaniu, tj. pliku zatytułowanego „7. Tajemnica Przedsiębiorstwa” zawierającego informacje i dokumenty dotyczące procedury przeprowadzonej w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy PZP przez podmiot trzeci udostępniający Odwołującemu potencjał na potrzeby tego postępowania - podwykonawcy THALES, który w opinii Zamawiającego nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Swoją decyzję Zamawiający - powołując się na regulację art. 18 ust. 3 ustawy PZP i art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - uzasadnił tym, że Odwołujący jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł informacje i dokumenty dotyczące procedury przeprowadzonej w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy PZP przez swojego podwykonawcę THALES przedkładając zarazem swoje, jak i sporządzone przez podwykonawcę THALES uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem zaś Zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzega informacje i dokumenty podmiotu trzeciego jako tajemnicę przedsiębiorstwa, to oba te podmioty powinny wykazać spełnienie ustawowych przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czyli aby tajemnica przedsiębiorstwa została skutecznie zastrzeżona, koniecznym jest żeby zarówno Odwołujący, jak i dysponent dokumentów - w tym przypadku podwykonawca THALES prawidłowo zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanego przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że budzą one poważne wątpliwości co do spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w swojej decyzji uzasadnił, że przede wszystkim Odwołujący nie wskazał wprost w jaki sposób zastrzeżone informacje spełniają pierwszą przesłankę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. zastrzeżenia informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Jednocześnie analiza dokumentacji prowadzi do wniosku, że zastrzeżone dokumenty mogą mieć wartość gospodarczą, jednakże w żaden sposób nie wynika to z uzasadnienia Odwołującego, albowiem wykonawca ten jedynie gołosłownie wskazał, że ich ujawnienie mogłoby skutkować utratą przewagi przez podwykonawcę THALES na rynku. Takie lakoniczne uzasadnienie w ocenie Zamawiającego nie wykazuje wartości gospodarczej tych informacji.

W odniesieniu do trzeciej z przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Zamawiający podał, że wymaga ona, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu utrzymania ich w poufności. Natomiast Odwołujący nie załączył żadnych dowodów do uzasadnienia, a swoje działania oparł wyłącznie na twierdzeniach zawartych w piśmie. W treści swojego uzasadnienia Odwołujący powołał się na zobowiązanie dotyczące zachowania zastrzeżonych informacji w tajemnicy, ale nie załączył w tym zakresie żadnego dowodu. Zamawiający powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że działania podejmowane przez podmioty zastrzegające tajemnicę przedsiębiorstwa powinny dotyczyć całego „łańcucha” osób mających dostęp do takich danych, dlatego w tym przypadku tajemnica przedsiębiorstwa nie została prawidłowo zastrzeżona. Sam wykonawca również musi podjąć działania w celu zachowania danych informacji w poufności, a następnie je wykazać. Zamawiający podsumował, że przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do wniosku, że wyłącznie podwykonawca THALES musi dbać o zachowanie informacji w poufności, natomiast wykonawca, któremu są one przekazywane nie musi podejmować żadnych działań, a taka interpretacja nie jest spójna z treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała odwołanie za nieuzasadnione w całości, albowiem nie potwierdziły się zarzuty stawiane Zamawiającemu przez Odwołującego w odwołaniu.

Decyzja podjęta przez Zamawiającego w dniu 21 czerwca 2022 r. w przedmiocie odtajnienia zastrzeżonej części oferty Odwołującego - „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu w postaci pliku o nazwie „7. Tajemnica Przedsiębiorstwa”, który zawierał informacje oraz dokumenty dotyczące procedury przeprowadzonej w oparciu o art. 110 ust. 2 ustawy PZP przez podwykonawcę THALES, była słuszna i znajdowała oparcie w prawidłowo interpretowanych przepisach prawa.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzeżę, 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.

Według art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233) 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.

Art. 16 ustawy PZP stanowi natomiast, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Na wstępie należy zaznaczyć, że zdaniem Izby jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest naczelną zasadą systemu zamówień publicznych w Polsce (vide art. 18 ust. 1 ustawy PZP), natomiast jej ograniczenie może nastąpić tylko w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach, które zostały przewidziane w przepisach prawa. Każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składając swoją ofertę w postępowaniu powinien zatem liczyć się z koniecznością ujawnienia wrażliwych i cennych dla siebie informacji. Jednocześnie nie można interpretować w sposób rozszerzający przesłanek zezwalających na ograniczenie lub wyłączenie jawności, jak również przyjmować, że skoro w innym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w zbliżonym stanie faktycznym i przy tożsamej argumentacji stron postępowania zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez wykonawcę okazało się skuteczne, to automatycznie w innych postępowaniach miałoby zapaść podobne rozstrzygnięcie. Ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być dokonywana przez Izbę indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku.

Analizując zgromadzony w sprawie odwoławczej materiał dowodowy oraz stanowiska Stron Izba przede wszystkim stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, że on sam również przy zachowaniu należytej staranności podjął właściwe działania w celu utrzymania w poufności informacji, do których utajnienia dążył jego podwykonawca THALES. Odwołujący co do zasady uważał, iż wcale nie musiał wykazywać, że on sam również podjął niezbędne działania w celu zachowania w poufności informacji i dokumentów przekazanych mu przez podwykonawcę THALES, albowiem w przypadku przekazanych informacji i dokumentów przez innego wykonawcę, to nie on jest adresatem obowiązków wynikających z regulacji art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z ostrożności Odwołujący twierdził, że nawet jeśli on także musiałby wykazywać spełnienie ustawowych przesłanek gwarantujących ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego zdaniem wystarczające jest to, że sam podwykonawca do swojego Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załączył dowody z dokumentów - i w takim przypadku Odwołujący mógł poprzestać na sformułowaniu własnego Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez załączania jakichkolwiek dowodów. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest całkowicie nieuprawnione. W sytuacji, gdy podwykonawca THALES przekazał Odwołującemu własne poufne informacje i dokumenty na potrzeby złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to samo podjęcie szerokiego spektrum działań ochronnych przez podwykonawcę THALES nie jest już wystarczające, aby zabezpieczyć dostęp do tych poufnych informacji i dokumentów przez osoby nieuprawnione. W momencie przekazania tych informacji i dokumentów Odwołujący stał się uprawnionym do korzystania z nich w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i on również powinien zapewnić odpowiednie środki ochrony fizycznej i prawnej dla zachowania ich w poufności, co też powinien wykazać Zamawiającemu zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 6 podrozdziału 14.15. SWZ. Tym bardziej, że sam Odwołujący zobowiązał się wobec swojego podwykonawcy do zachowania przekazanych mu materiałów w tajemnicy, na co wielokrotnie powoływał się w uzasadnieniu swojego odwołania. Czyli Odwołujący powinien objąć przekazane mu informacje i dokumenty co najmniej takim samym zakresem ochrony, jakim objął je ich właściciel. Brak udowodnienia tych ważnych okoliczności Zamawiającemu sprawia, że nie wiadomo czy tak naprawdę przekazane poufne informacje i dokumenty podwykonawcy THALES są odpowiednio chronione przed nieuprawnionym ujawnieniem i czy również w postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego powinny one zostać utajnione. Dlatego też decyzja Zamawiającego o odtajnieniu części oferty Odwołującego była uzasadniona okolicznościami faktycznymi sprawy i znajdowała oparcie w prawidłowo wykładanych przepisach prawa.

W ocenie Izby nie można niejako z góry odmawiać podwykonawcom prawa do zastrzegania pewnych cennych gospodarczo i wrażliwych dla nich informacji oraz dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej nie każda informacja i nie każdy dokument obiektywnie stanowi taką tajemnicę, natomiast ich zastrzeganie powinno być poparte przekonującymi dowodami. W tej sprawie żadne dowody świadczące o tym, że Odwołujący zapewnia należytą ochronę nie tylko własnym informacjom i dokumentom, ale również tym przekazanym mu przez kooperujące z nim podmioty trzecie (niezależnie od formy prawnej współpracy), nie zostały przedstawione. Według Izby w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności zgodnie z regulacją art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga nie tylko wykazania (udowodnienia), że wszystkie podmioty mające dostęp do tych informacji w sposób skuteczny zobowiązały się zachować w tajemnicy powierzone informacje, ale również wykazania (udowodnienia) działań, jakie w tym zakresie podjęli.

Jedynie na marginesie Izba zauważa, że choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie kwestionował w szczególności sposób braku spełnienia pierwszej przesłanki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to - niezależnie od tego, że w Uzasadnieniu swojego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący nie wykazał posiadania wartości gospodarczej przez informacje przekazane mu przez swojego podwykonawcę - w ocenie Izby przynajmniej część z zastrzeżonych przez podwykonawcę THALES informacji i dokumentów nie posiadała jednak waloru wartości gospodarczej, która uzasadniałaby podleganie ochronie prawnej. W okolicznościach niniejszej sprawy w szczególności przymiotu takiego nie można przyznać co najmniej dokumentom odnoszącym się do struktury organizacyjnej Spółki i jej strategii działania w różnych obszarach, programowi szkoleń czy oświadczeniu Działu HR Spółki (Dowody nr 7-11). Nie sposób bowiem uznać, że tego rodzaju informacje odnoszące się do wewnętrznego funkcjonowania podmiotu gospodarczego i jego indywidualnej sytuacji prawnej wynikającej z określonych, przeszłych zdarzeń dawały mu jakąkolwiek przewagę rynkową nad konkurencyjnymi przedsiębiorcami, natomiast ich wykorzystanie przez inne podmioty gospodarcze działające na tym samym rynku miałyby zaoszczędzić tym podmiotom wydatków lub przysporzyć większych zysków.

Izba uznała za nieuzasadniony także zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP poprzez naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności i przejrzystości. Jako że powyższy zarzut ściśle wiązał się z zarzutami dotyczącymi tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie stwierdzając naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogła również uwzględnić zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad ustawy PZP.

Mając powyższe na względzie zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 ustawy PZP okazały się nieuzasadnione.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, art. 574, art. 575 i art. 576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 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).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....