

WYROK

z dnia 28 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2022 r. przez wykonawcę: KOLiN inŞaat, Turizm Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze (Turcja) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg

Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie

przy udziale wykonawcy: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Sygn. akt: KIO 1810/22

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie (dalej:

„zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe” bez węzła - węzeł „Tomaszów Lubelski Północ” bez węzła; dł. ok. 18,498 km; numer referencyjny: O.LU.D-3.2410.5.2021.af (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 grudnia 2021 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 248-655240.

W dniu 8 lipca 2022 r. przez wykonawcę: KOLiN inŞaat, Turizm Sanayi ve Ticaret

Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze (Turcja) - dalej „odwołujący”, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na odtajnieniu pisma wykonawcy z dnia 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2 do wskazanego pisma.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez skonstruowanie uzasadnienia decyzji w sposób blankietowy, który uniemożliwia weryfikację ustaleń faktycznych oraz podstaw prawnych, jakimi kierował się zamawiający podejmując decyzję o odtajnieniu pisma z dnia 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasady przejrzystości poprzez brak możliwości weryfikacji w czym zamawiający upatruje brak wykazania przesłanek niezbędnych celem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa;
2. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez odwołującego w odniesieniu do pisma z dnia 30 maja 2022 r. złożonego wraz z załącznikiem nr 2, które dotyczyło odpowiedzi na pytania: 5, 13, 18, 25 (w tym Aneks A25 Wstępny plan mobilizacji zasobów ludzkich wykonawcy), 27 (w tym Aneks nr A27 Wstępny plan mobilizacji sprzętu i personelu wykonawcy dla osobistego wykonania kluczowych części zamówienia), 32 (w tym Aneks nr A32 Oświadczenie laboratorium drogowego), 38, 39, 45 (w tym Aneks nr A45 szacunkowe koszty odwodnienia placu budowy), 55 (w tym Aneks nr A55 koszty uszlachetniania) 58 (w tym Aneks nr 58A koszty wykonania ekranów akustycznych), 61, 62 (w tym Aneks nr 62A Zestawienie pompowni) oraz dokumentów Polityka tajemnicy przedsiębiorstwa, Środki bezpieczeństwa danych i Powołanie Zespołu Przetargowego, podczas gdy informacje zawarte w rzeczonych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś ich ujawnienie umożliwiłoby wejście w posiadanie wskazanych danych innym podmiotom prowadzącym działalność konkurencyjną względem wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziłoby do szkody po stronie odwołującego w zakresie straty finansowej oraz know-how jak również utracie konkurencyjności ofert składanych przez niego w kolejnych przetargach, co wprost stanowi o wartości gospodarczej rzeczonych danych;
3. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) - dalej „UZNK”, przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez odwołującego z uwagi na brak wykazania wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji

i podjęcie nieuzasadnionej decyzji o odtajnieniu pisma z dnia 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2, które obejmowało odpowiedzi na pytania 5, 13, 18, 25 (w tym Aneks A25 Wstępny plan mobilizacji zasobów ludzkich wykonawcy), 27 (w tym Aneks nr A27 Wstępny plan mobilizacji sprzętu i personelu wykonawcy dla osobistego wykonania kluczowych części zamówienia), 32 (w tym Aneks nr A32 Oświadczenie laboratorium drogowego), 38, 39, 45 (w tym Aneks nr A45 szacunkowe koszty odwodnienia placu budowy), 55 (w tym Aneks nr A55 koszty uszlachetniania) 58 (w tym Aneks nr 58A koszty wykonania ekranów akustycznych), 61, 62 (w tym Aneks nr 62A Zestawienie pompowni), podczas gdy wszystkie przesłanki zostały wykazane, jak również zostało wskazane w czym wykonawca upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji;

4. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, przez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez odwołującego z uwagi na brak wykazania wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazania, iż „informacje organizacyjne przedsiębiorstwa” nie są równoznaczne z wykazaniem wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i podjęcie nieuzasadnionej decyzji o odtajnieniu dokumentów Polityka tajemnicy przedsiębiorstwa, Środki bezpieczeństwa danych i Powołanie Zespołu Przetargowego, podczas gdy przesłanki zostały przez wykonawcę wykazane w piśmie z dnia 30 maja 2022 r., zaś informacje organizacyjne przedsiębiorstwa zgodnie z orzecznictwem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności odtajnienia pisma z 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2; uznanie zastrzeżenia treści pisma z 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2 jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne; zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący, który został wezwany do udzielenia wyjaśnień treści oferty, w piśmie z 30 maja 2022 r. zastrzegł, jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, odpowiedzi na 13 pytań, wraz z odnoszącymi się do nich aneksami. W dniu 28 czerwca 2022 r. zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu pisma wykonawcy. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp i UZNK, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać zatem uszczerbku, gdyż dokumenty, które w jego ocenie zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, mogą zostać ujawnione podmiotom trzecim, co wpłynie negatywnie na jego pozycję rynkową. Gdyby zarzuty odwołania potwierdziły się, wadliwie podjęte przez zamawiającego czynności zostałyby unieważnione, a postępowanie kontynuowane z poszanowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie pn. Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe” bez węzła - węzeł „Tomaszów Lubelski Północ” bez węzła; dł. ok. 18,498 km. Zgodnie z opisem, zawartym w Rozdziale 6 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) przedmiotowe zamówienie polega na wykonaniu prac projektowych, wykonaniu robót budowlanych w zakresie: drogi ekspresowej, przebudowy dróg kolidujących z planowaną drogą ekspresową, budowie dodatkowych jezdni, miejsc obsługi podróżnych, rozbudowie Obwodu Utrzymania Drogi (OUD), wykonaniu pasów utwardzeń terenu na potrzeby utrzymania drogi ekspresowej, dobudowie drugiej jezdni drogi ekspresowej (jako dowiązanie się do istniejącej S17 - Budowa Obwodnicy Tomaszowa Lubelskiego Etap I) wraz z infrastrukturą, obiektów inżynierskich, przepustów, chodników, ścieżek rowerowych, systemu odwodnienia korpusu drogowego, istniejących cieków, istniejących rzek i rowów, urządzeń ochrony środowiska, ekranów akustycznych, ekranów przeciwośluszeniowych, infrastruktury związanej i niezwiązanej z drogą, urządzeń bezpieczeństwa ruchu, systemu zarządzania ruchem, oświetlenia drogowego, ogrodzenia drogi, robót rozbiórkowych, wycinki drzew, nasadzeń zieleni oraz przygotowaniu dokumentacji i uzyskaniu wymaganych decyzji pozwalających na prawidłowe użytkowanie drogi.

W dniu 16 maja 2022 r. odwołujący został wezwany, w trybie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający sprecyzował 70 pytań, odnoszących się między innymi do kwestii ryzyk i zagrożeń, jakie zostały założone w ofercie, sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia, kalkulacji ceny oferty, przyjętej technologii, przewidywanych zasobów kadrowych i sprzętowych, które zamierza użyć wykonawca do realizacji zamówienia.

W piśmie z 30 maja 2022 r. odwołujący, wraz z odpowiedziami na pytania, złożył dodatkowo pismo wraz z Załącznikiem nr 2, które zawierało odpowiedzi na 13 pytań wraz z dokumentami oraz wniosek o zastrzeżenie powyższych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie dotyczyło pytań: 5, 13, 18, 25 (w tym Aneks A25 Wstępny plan mobilizacji zasobów ludzkich wykonawcy), 27 (w tym Aneks nr A27 Wstępny plan

mobilizacji sprzętu i personelu wykonawcy dla osobistego wykonania kluczowych części zamówienia), 32 (w tym Aneks nr A32 Oświadczenie laboratorium drogowego), 38, 39, 45 (w tym Aneks nr A45 szacunkowe koszty odwodnienia placu budowy), 55 (w tym Aneks nr A55 koszty uszlachetniania) 58 (w tym Aneks nr 58A koszty wykonania ekranów akustycznych), 61, 62 (w tym Aneks nr 62A Zestawienie pompowni) oraz dokumentów: Polityka tajemnicy przedsiębiorstwa, Środki bezpieczeństwa danych i Powołanie Zespołu Przetargowego.

Pismem z 28 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu treści pisma z 30 maja 2022 r. wraz z Załącznikiem nr 2, z czym odwołujący nie zgodził się i w konsekwencji wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez skonstruowanie przez zamawiającego uzasadnienia decyzji o odtajnieniu pisma odwołującego z 30 maja 2022 r. wraz z załącznikiem nr 2 w sposób blankietowy, który uniemożliwia weryfikację ustaleń faktycznych oraz podstaw prawnych, jakimi kierował się zamawiający podejmując taką decyzję.

Na wstępie należy przypomnieć, że jednym z podstawowych wyjątków od zasady jawności jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę

przedsiębiorstwa stanowią.

Ustawodawca przesądził także, że ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony spoczywa na wykonawcy, co jest równoznaczne z tym, że informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca

7

wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Z kolei rola zamawiającego w tym procesie sprowadza się do konieczności zbadania, czy wykonawca sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzegane przez niego informacje taką tajemnicę stanowią. Jeśli proces badania doprowadzi zamawiającego do wniosku, że wykonawca nie wykazał, że dane informacje taką tajemnicę wykonawcy stanowią, to jego obowiązkiem jest ich ujawnienie.

W ocenie Izby zamawiający, prowadząc przedmiotowe postępowanie, sprostął ciążącym na nim obowiązkom. Oceniał złożone przez odwołującego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jako nieskuteczne i poinformował o tym wykonawcę. Wbrew stanowisku odwołującego nie sposób stwierdzić, że z treści pisma z 28 czerwca 2022 r. nie można wywieść z jakich powodów zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne. Zamawiający zdefiniował pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, opisał jakie przesłanki muszą zostać spełnione, aby dana informacja za taką tajemnicę mogła być uznana. W końcu wskazał także w czym upatruje brak wykazania przesłanek, niezbędnych celem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Odwołujący domaga się szerszego uzasadnienia, zapominając o wyżej opisanej zasadzie, że to rolę wykonawcy, który zastrzega dane informacje jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, jest wykazanie, że w istocie taką tajemnicę stanowią. Ponownie należy zaznaczyć, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą Pzp. Przypadki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco, zgodnie z zasadą wykładni prawa *exceptiones non sunt extantandae*. Zasada jawności jest bowiem jednym z podstawowych narzędzi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, z poszanowaniem jego przejrzystości, jak i wymogami uczciwej konkurencji, a więc podstawowych założeń instytucji zamówień publicznych, wskazanych w art. 16 ustawy Pzp.

Nie sposób zatem zgodzić się z wywodami odwołującego, że zamawiający dokonując czynności odtajnienia złożonych wyjaśnień winien w szerszy sposób uzasadnić swoje działania, albowiem dokonując czynności o „charakterze sankcyjnym” powinien odpowiednio a więc w sposób szczegółowy przedstawić motywy podjętej decyzji. Należy zaznaczyć, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można mówić o stosowaniu jakichkolwiek sankcji wobec wykonawcy, ale o należytych zbadaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu treści tych dokumentów, które takiej tajemnicy nie zawierają. Nietrafione są zatem wywody odwołującego, który przywołuje treść orzeczenia Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 351/17, w którym to Izba zwracała uwagę na konieczność wyczerpującego uzasadnienia decyzji zamawiającego w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy. W orzeczeniu tym w istocie mamy do czynienia z dokonaniem czynności o charakterze sankcyjnym (odrzućenie oferty, skutkiem czego było wyeliminowanie wykonawcy z postępowania), co jednak nie przekłada się w żaden sposób na okoliczności rozpoznawanej sprawy.

Należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp w zakresie, w jakim odnoszą się do czynności odtajnienia dokumentów, nie określają w jaki sposób taką informację należy wykonawcy przekazać. W szczególności nie precyzują, jak szczegółowe winno być uzasadnienie, jeśli zamawiający taką decyzję podejmie. Podkreślenia jednak wymaga, że uzasadnienie zamawiającego w tym przypadku, przekazane w piśmie z 28 czerwca 2022 r., informującym o odtajnieniu dokumentów, zawiera dostateczne uzasadnienie dla podjętej decyzji, jest merytoryczne i odnosi się do zastrzeżonych danych na tyle szczegółowo, na ile merytorycznie przedstawił swoją argumentację odwołujący, w ramach składanych przez siebie wyjaśnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie stwierdziła także naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK stwierdzając, że zamawiający poprawnie ocenił, że dokonane przez odwołującego zastrzeżenie informacji zawartych w piśmie z 30 maja

2022 r., złożonym wraz z załącznikiem nr 2, jest nieskuteczne. Trafnie zamawiający dostrzegł, że odwołujący nie wykazał wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazał jaką to wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. W konsekwencji decyzja o oddaleniu pisma z 30 maja 2022 r. była, w okolicznościach niniejszej sprawy, uzasadniona.

W tym miejscu należy przypomnieć, że aby można było uznać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w przepisach UZNK. Krajowa Izba Odwoławcza, w swoich orzeczeniach, wielokrotnie podkreślała, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko w tym zakresie, zaprezentowane między innymi w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19 zapadłym w poprzednim stanie prawnym, ale zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć zatem nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie.

Sama definicja „tajemnicy przedsiębiorstwa” została zawarta w art. 11 ust. 4 UZNK i zgodnie z nią przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, w myśl przywołanej definicji, za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: (i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa; (ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Odnosnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Odnosnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Odnosnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Co istotne spełnienie powyższych trzech przesłanek uznania danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, musi wynikać z treści uzasadnienia, które przedkłada wykonawca wraz z dokumentami, które zastręga jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Nie ma przy tym znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca, jak też - na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną.

Mając na uwadze powyższe, biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji przekazanych przez odwołującego jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, skład orzekający doszedł do przekonania, że wykonawca nie podolał obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnosząc się

10

do treści uzasadnienia zastrzeżenia dokonanego przez odwołującego stwierdzić należało, że wykonawca ten nie sprostął ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 UZNK. Zamawiający przy tym trafnie stwierdził, że odwołujący nie wykazał w szczególności, iż zastrzeżone przez niego informacje mają wartość gospodarczą.

W ocenie Izby przedstawione przez odwołującego uzasadnienie, w którym zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wyjaśnień złożonych w piśmie z 30 maja 2022 r., jest w znacznej mierze ogólnikowe i zawiera wyłącznie gołosłowne deklaracje wykonawcy.

Odwołujący, odnosząc się do przesłanki dotyczącej charakteru przekazywanych informacji, cytuje jedynie szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, z których wynika jakiego rodzaju informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy zapominając jednak, że sam charakter przekazywanych informacji nie świadczy jeszcze o możliwości dokonania takiego zastrzeżenia.

Dalej odwołujący wskazuje, że przekazywane informacje mają charakter ekonomiczny, organizacyjny oraz techniczny i technologiczny, gdyż składają się na nie informacje dotyczące: (i) wycen niektórych części składowych zamówienia; (ii) zarysów przyjętych przez wykonawcę koncepcji i założeń technicznych i technologicznych; (iii) sposobu przygotowania się wykonawcy do realizacji zamówienia; (iv) ilości i rodzaju zasobów rezerwowanych przez wykonawcę do realizacji tego typu zamówień w tym zasobów sprzętowych i kadrowych; (v) 5. sposobu uwzględniania ryzyk związanych z zamówieniem oraz stosowanych metod zaradczych; (vi) nazw potencjalnych podwykonawców, dostawców, usługodawców z którymi współpracuje wykonawca, warunki na jakich współpracuje wykonawca z podwykonawcami i formy oraz czasokres tej współpracy. O ile zgodzić się należy z odwołującym, że każda z tych informacji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa to już o tym, czy jest nią w istocie nie decyduje sam charakter przekazywanych danych. Taka informacja musi dodatkowo mieć wartość gospodarczą z tego powodu, że jest poufna. W wyjaśnieniach, składanych przez odwołującego, tego elementu zabrakło. Oprócz ogólnych twierdzeń, wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów, ani też nawet nie wyjaśnił w czym miałyby przejawiać się owa wartość gospodarcza przekazywanych danych. Nie sposób bowiem uznać za wystarczające samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra, jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona

11
jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytyny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji - jest niewystarczające. Odwołujący tymczasem, oprócz wywodów na temat tego jakie szkody przyniesie wykonawcy odtajnienie zastrzeżonych informacji, nie sprecyzował w czym owa szkoda miałyby się przejawiać. Nie wyjaśnił nawet w jaki sposób dane pozyskane o tym zamówieniu przez innych wykonawców, przełożą się na utratę jego przewagi konkurencyjnej.

Nie sposób też przypisać takiej wartości gospodarczej przekazywanym informacjom, jak to odwołujący uzasadniał, tylko z tego powodu, że przekazane w określonym zestawieniu - stanowią zbiór danych istotnych dla wykonawcy. Odwołujący wprawdzie w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa twierdził, że wszystkie te informacje stanowią wynik jego doświadczenia w realizacji kontraktów drogowych, jego know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk, co pozwala mu na zaoferowanie ceny niższej od konkurentów, a więc informacje te mają co najmniej taką wartość gospodarczą. Twierdzenia te należy jednak uznać za gołosłowne o tyle, że można byłoby je odnieść do każdego podmiotu, który na rynku zamówień publicznych funkcjonuje, a który chce skutecznie konkurować z innymi podmiotami. Każdy wykonawca, nie tylko odwołujący musi mieć swoje, wypracowane metody minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, aby mógł pozyskiwać kontrakty w postępowaniach, w których bierze udział. Samo w sobie jeszcze nie stanowi to dostatecznego uzasadnienia dla objęcia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Równie lakoniczna i mało przekonując jest argumentacja odwołującego, zamieszczona w dalszej części uzasadnienia, gdzie odnosi się do zasadności zastrzeżenia informacji, zawartych w określonych odpowiedziach i dokumentach.

Jako przykład można wskazać uzasadnienie zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, odpowiedzi na pytania nr 5, nr 38 i 39, które odnosiły się do kwestii zidentyfikowanych przez wykonawcę ryzyk i zagrożeń związanych ze wzrostem cen, a także w zakresie waloryzacji wynagrodzenia. Odwołujący zwracał uwagę, że w sytuacji bezprecedensowego przemodelowania sytuacji gospodarczej, społecznej oraz pandemicznej na świecie, wdrożenie metod identyfikacji ryzyk oraz zagrożeń, jak również stosowanie

wobec nich środków zaradczych niewątpliwie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa o charakterze organizacyjnym, która posiada wartość gospodarczą. Argumentował, że w udzielonej odpowiedzi wskazał na szereg zidentyfikowanych przez niego ryzyk, opracowując do każdego z nich czynności, które winny zostać podjęte w sytuacji ich wystąpienia - celem minimalizacji ich skutków. Stwierdził, że stosuje przy tym swoją wewnętrzną politykę, jak również doświadczenie zdobyte zarówno na terytorium Polski jak i poza granicami kraju. Omawiana umiejętność z kolei przekłada się na jego przewagę rynkową, albowiem wskazana informacja jest istotna z uwagi na jej przełożenie na cenę oferty. Na podstawie swoich informacji i założeń - w tym co do ryzyka - sporządził ofertę, która miała z jednej strony najniższą cenę, a z drugiej była bardzo zbliżona do kalkulacji zamawiającego. Wszystkie te czynniki wraz z opracowanymi procedurami stanowią know-how wykonawcy. Tym samym ujawnienie ich szerszemu kręgowi odbiorców, spowodowałoby w konsekwencji, że inni wykonawcy mogliby wykorzystać wskazane dane bez ponoszenia jakichkolwiek kosztów. Przy tym przyznał, że same pojedyncze ryzyka m.in. wzrost cen surowców są informacjami powszechnie znanymi, już jednak ich zebranie wraz z przypisaniem konkretnych rozwiązań, w celu minimalizacji ich skutków, stanowi informację organizacyjną, która posiada wartość gospodarczą dla wykonawcy. Izba uznała, że nie sposób, na podstawie złożonych wyjaśnień, stwierdzić z jakich to powodów opisane w ich treści rozwiązania i przyjęte procedury, które przekładają się na sposób kalkulacji ceny ofertowej, zasługują na szczególną ochronę. Wykonawca nie wykazał, a nawet nie wyjaśnił szczegółowo, jakie to specyficzne i jemu tylko znane metody stosuje, dające mu przewagę nad innymi podmiotami, które pomimo znanych powszechnie czynników ryzyka - decydują o tym, że wykonawca lepiej radzi sobie w tej trudnej sytuacji rynkowej. Jak trafnie zresztą zauważył zamawiający, analiza treści udzielonych odpowiedzi na wymienione wyżej pytania pozwala raczej na uznanie, że stosowane metody i rozwiązania nie tyle są wynikiem wielkiej wiedzy lub doświadczenia, ale co najwyżej logicznego myślenia i umiejętności wyciąga wniosków. Nie są to ani twórcze, ani odkrywcze rozwiązania i informacje, dlatego też nie można przypisać im jakiegokolwiek wartości gospodarczej.

Podobnie, w odniesieniu do informacji na temat angażowanych przez wykonawcę zasobów ludzkich i sprzętowych do realizacji kontraktu, odwołujący ograniczył się do ogólnych i głoślowych deklaracji dotyczących tego, że dokumenty zawierające rozwiązania przyjęte przez niego, stanowią jego know-how, mający bezpośrednie przełożenie z kolei na konstrukcję oferty. Zawarte w nich informacje dotyczą kadry fizycznej, operatorów sprzętu i kadry inżynieryjno - kierowniczej (dla robót drogowych, mostowych, branżowych), jak i samego sprzętu. Zostały one opracowane na podstawie własnego doświadczenia wykonawcy, zgromadzonego podczas realizacji innych poza granicami

13

Polski, co umożliwia przyjęcia optymalnych rozwiązań w celu terminowej realizacji kontraktu. Przy tym wskazał, że tajemnicy przedsiębiorstwa upatruje nie w tylko samym zestawieniu, ale także w możliwości odczytania części planu założonych robót. Po analizie dokumentacji widać jakie prace i w jakim natężeniu planuje, i w jaki sposób określa ilość osób potrzebnych do wykonania danego etapu prac jak i rodzaj niezbędnego sprzętu. Izba stwierdziła, że takie wyjaśnienie nie może być uznane za wystarczające z powodów, które wcześniej wskazano. Uzasadnienie ogranicza się bowiem do ogólnych twierdzeń, które są charakterystyczne dla każdego podmiotu, realizującego przedmiotowe zamówienie. Każdy wykonawca, ubiegający się o nie i spełniający warunki udziału w postępowaniu, ma stosowne doświadczenie i wiedzę, na którym się opiera, a które to pozwala mu w sposób optymalny i odpowiedni do rodzaju robót - prace te zaplanować i skalkulować. Ponadto zarówno rozwiązania, jak też związana z tym kalkulacja ceny zaprezentowana przez wykonawcę, stanowi jedynie odzwierciedlenie wymagań zamawiającego, który szczegółowo opisał przedmiot niniejszego zamówienia w SWZ. Tym samym okoliczność jakim zasobem ludzkim i sprzętowym dysponuje odwołujący, i jaki zamierza wykorzystać do realizacji zadania, wynika nie tyle z przyjętej przez niego technologii i założeń, co stanowi odpowiedź na wymagania zamawiającego. Zasób ten musi być bowiem adekwatny do potrzeb, zidentyfikowanych na danym etapie realizacji zamówienia.

Za głoślową i pozbawioną jakiegokolwiek konkretów należy też uznać argumentację w zakresie, w jakim odwołujący uzasadniał, że informacje przekazywane w odpowiedzi na pytania nr 45, nr 55 i nr 58, a odnoszące się do sposobu oraz technologii odwadniania placu budowy, wykonania nasypów oraz ochrony akustycznej są informacjami stanowiącymi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Odwołujący ograniczył się do głoślowego twierdzenia, że jako, że stanowią one kalkulację ceny to, zgodnie z orzecznictwem, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Błędne są w tym zakresie spostrzeżenia odwołującego, albowiem Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zwracała uwagę, że należy umożliwić innym wykonawcom dostęp do danych na temat sposobu kalkulacji ceny ofertowej, gdyż tylko to umożliwia weryfikację prawidłowości jej wyliczenia. Tym samym takie dane nie mogą same w sobie stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy uznał,

że informacje zawarte w odpowiedziach na pytania nr 13, 18, 25, 27, 32, 38, 39, 45, 55, 58, 61, 62 oraz dokumentach załączonych do tych odpowiedzi, nie mają wartości gospodarczej, gdyż wykonawca nie wykazał aby taką wartość posiadały. Tym samym podjęta decyzja o odtajnieniu treści wyżej opisanych wyjaśnień - była prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący :