Sygn. akt: KIO 674/23

WYROK

z dnia 27 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawców:

Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach; Saferoad Grawil sp. z o.o. w Kobierzycach ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

z udziałem wykonawcy

L. K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna w Raniżowie

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz

poniesioną przez odwołującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i 394 zł 20 gr (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote i dwadzieścia groszy) tytułem kosztów noclegu w dniu poprzedzającym posiedzenie a także poniesioną przez zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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: ……..

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (Ul. Wronia 53, 00

874 Warszawa) (dalej również: „Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa" lub „PZP") postępowanie na całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części. Część 1 - utrzymanie dróg

krajowych Rejonu w Rzeszowie - autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód z (węzłem). Część2 - utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Przemyślu. Część3 - utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Lesku. Część 4 -

utrzymanie dróg krajowych G, GP i S Rejonu w Nisku, Numer referencyjny:

O/RZ.D3.2421.27.2022, (dalej również: „Postępowanie"). Przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ").

W dniu 10 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców: Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach i Saferoad Grawil sp. z o.o. w Kobierzycach (dalej również: „Wykonawca" lub „Odwołujący") ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W dniu 13 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna (Zielonka 64, 36-130 Raniżów). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec podjętej przez Zamawiającego niezgodnej z przepisami Ustawy czynności polegającej na odtajnieniu dokumentów/informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a dokonanych w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1. art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „UZNK") w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26

lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w zakresie dokumentów:

a) Procedura Komitetu Ryzyka,

b) Logigram procesu ofertowania,

c) Wytyczne Prezesa Zarządu w zakresie oceny ryzyk przed udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego,

d) Schemat działu zakupów,

podczas gdy, zdaniem Odwołującego, w sposób skuteczny wykazał on, że ww. zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji doprowadzenie do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK oraz informacji oznaczonej jako poufna w rozumieniu ww. dyrektywy,

2. art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w zakresie określonych treści

e) Załącznika do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (Odwołujący w treści Załącznika do JEDZ wskazał jakie fragmenty z tego dokumentu zostają zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorstwa - informacja poufne")

podczas gdy, zdaniem Odwołującego, w sposób skuteczny wykazał on, że ww. zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a konsekwencji doprowadzenie do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK oraz informacji oznaczonej jako poufna w rozumieniu ww. dyrektywy;

3. art. 16 pkt 1 PZP poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także zasady przejrzystości

polegające na dokonaniu badania i oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów, o których mowa w pkt 1 zarzutów odwołania.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów, o których mowa w pkt 1 i 2 zarzutów.

Odwołujący opisał przesłanki uznania informacji za stanowiąca tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie UZNK. Podkreślał, że rozpatrując naruszenie art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art 21 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. należy mieć na względzie szeroko rozumianą ochronę informacji poufnych, a więc nie tylko ograniczoną wyłącznie do literalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art.11 ust. 2 UZNK, lecz wszelkich informacji, w tym technicznych, handlowych oraz zawierających poufne aspekty, bądź też takich zastrzeżonych przez wykonawcę, które dałyby jakąkolwiek przewagę konkurencji.

Odwołujący powołał się na uzasadnienie zastrzeżenia poufności zawarte w pismach z dnia 1 i 2 lutego 2023 r. Zaznaczył, że w pismach tych opisał stan faktyczny i wykazał przesłanki zastrzeżenia informacji jako poufnych.

Podkreślił, że: „W szczególności zlimitował do niezbędnego minimum krąg pracowników mających dostęp do poufnych informacji, wprowadził do umów o pracę oraz umów o współpracy klauzule o zakazie ujawniania informacji, wdrożył odpowiednie wytyczne w zakresie sposobu zapoznawania się z informacjami oraz wdrożył szczegółowo opisane środki techniczne jak również metody zabezpieczenia informacji oraz zabezpieczenia sprzętu i budynku siedziby. Szczegółowe uzasadnienie zawarte zostało w przekazanych Zamawiającemu pismach."

Zaznaczył, że Zamawiający nie kwestionował braku wykazania poufności zastrzeganych dokumentów (za wyjątkiem odnośnie zastrzeżonych kar umownych) a decyzję o odtajnieniu informacji oparł w zasadzie na stwierdzeniu, iż zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej. Wskazał, że dokumenty litera a-d należą do kategorii informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i wyodrębnić można wśród nich: dokumenty przedstawiające metodykę i proces postępowania w zakresie przygotowania oferty o znacznym stopniu ryzyka oraz tzw. Logigramy przedstawiające wskazane w przedsiębiorstwie wykonawcy sposób organizacji procesu ofertowania - dokumenty obrazujące organizację wewnętrzną spółki w zakresie ofertowania, kontraktowania i oceny ryzyk. Podkreślał, że procedury opisane dokumentami a-d określają unikalne rozwiązania

organizacyjne przyjęte u Odwołującego, a mające na celu zapobieganie ryzykom realizacyjnym, ich identyfikację i wycenę, oparte na wypracowanym latami know-how Odwołującego dot. kalkulacji działań naprawczych i mitygujących. Zaznaczał, że logigramy są diagramami, które pozwalają na graficzne przedstawienie procesów, zadań i operacji, jakie zachodzą w spółce i przedstawiane są w taki sposób, aby umożliwić analizę i optymalizację procesów (w tym ofertowania) oraz ich udoskonalenie. „Sprawnie opracowany logigram procesu ofertowania pozwala na identyfikację wszystkich ryzyk związanych z ofertowaniem, skrócenie czasu przygotowania oferty, szybsze i bardziej skuteczne przygotowanie właściwych dokumentów finansowych, technicznych i innych, właściwy dobór konsorcjantów lub podwykonawców - w efekcie przekłada się to na możliwość złożenia lepszej oferty i zaoferowania lepszej ceny, co może dać Odwołującemu przewagę nad konkurencją. Z kolei przewaga ta może skutkować większym prawdopodobieństwem wyboru oferty i w efekcie -zwiększeniem sprzedaży i osiągnięciem lepszych wyników biznesowych. Z kolei dokumenty związane z analizą ryzyka pomagają w identyfikowaniu obszarów, które wymagają usprawnień oraz umożliwiają one analizę i optymalizację procesów, a także są podstawowymi narzędziami spółek pomagającymi z zarządzaniu i udoskonalaniu działań, pozwalającymi na lepsze planowanie, minimalizowanie strat oraz lepsze wyniki biznesowe. Nie sposób jest zatem odmówić takim dokumentom charakteru organizacyjnego i wartości gospodarczej. Z całą mocą podkreślić należy, iż jeżeli konkurencja weszłaby w posiadanie ww. dokumentów, to być może nie uzyskałaby przewagi w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ale w sposób znaczący mogłaby zniwelować przewagę organizacyjną oraz know-how, które obecnie na podstawie procedur opisanych w tych dokumentach posiada Odwołujący.” „Wskazywane dokumenty w pełni uzupełniają przywołane logigramy i dokumenty dotyczące oceny ryzyka. Ich procedura jest autorskim tworem Odwołującego i znajduje zastosowanie tylko w ramach jego przedsiębiorstwa, co dodatkowo podkreśla jego organizacyjny charakter.” Odwołujący wskazał także, że zastrzeżone informacje dokumenty litera a-d mogą zostać wykorzystane do walki konkurencyjnej (w postaci zniwelowania przewagi posiadanej przez Odwołującego) dodatkowo zaś informacje te są wręcz kluczowe dla sprawnego i efektywnego prowadzenia działalności gospodarczej Odwołującego, w tym związanej z pozyskiwaniem oraz należytym wykonywaniem umów o udzielenie zamówień publicznych oraz kontraktów prywatnych. Reasumując, informacje przedstawiające metodykę i proces postępowania w zakresie

przygotowania oferty o znacznym stopniu ryzyka oraz Logigramy przedstawiające wskazane w przedsiębiorstwie wykonawcy sposób organizacji procesu ofertowania- dokumenty obrazujące organizację wewnętrzną spółki w zakresie ofertowania, kontraktowania i oceny ryzyk mają kluczowe i strategiczne znaczenie dla działalności biznesowej Odwołującego, stanowiąc tym samym wartość gospodarczą, posiadają również charakter organizacyjny, zaś Odwołujący poczynił wszelkie możliwe kroki w celu ochrony ich poufności. Z uwagi na powyższe informacje te powinny podlegać pełnej ochronie jako informacje poufne.”

W odwołaniu Odwołujący przywoływał szereg orzeczeń referujących do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w tym uzasadnienia: wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2017r. sygn. akt II SA/Wa 118/17, wyroku KIO z dnia 9 grudnia 2021r. sygn. akt 3440/21, wyroku KIO z dnia 22 sierpnia 2013r., sygn. akt KIO 1929/13, wyroku KIO z dnia 24 maja 2016r. sygn. akt KIO 756/16, wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14, wyroku KIO z dnia 23 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3225/21, wyroku KIO z dnia 3 marca 2020r. sygn. akt KIO 330/20, wyroku KIO z dnia 9 maja 2022 r. sygn. akt KIO 991/22.

W odniesieniu do dokumentu litera e) wskazał dodatkowo, że dokument ten zawiera w informacje dotyczące okoliczności naliczenia kar umownych w zakresie których prowadzone jest postępowanie sądowe, w którym nie zapadł jeszcze prawomocny wyrok. Zaznaczył, że nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego z pisma z 28 lutego 2023r., iż „okoliczności naliczenia kar umownych Wykonawcy, jak również argumentacja Wykonawcy w tej sprawie stanowi informację publiczną i zostanie udostępniona przez Zamawiającego, który je naliczył każdemu podmiotowi, który o takie informacje wystąpi". Wskazywał, że Odwołujący nie utajnił samego faktu naliczenia kar umownych, ich wysokości, tytułu do ich naliczenia, umowy na mocy której zostały one naliczone oraz zamawiającego a więc tych informacji, które mogłyby podlegać udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej, ani informacji dotyczących zapłacenia kar umownych, czy wytoczenia powództwa przed sądem powszechnym. Zastrzeżeniem poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa objął natomiast informacje, które prezentowane będą w ramach strategii procesowej przed sądem. Wskazywał, że informacje dotyczące strategii oraz argumentacji podnoszonej w procesie sądowym mogą zasadniczo wpłynąć na ocenę ryzyka biznesowego Odwołującego przez jego potencjalnych partnerów biznesowych. Odwołujący w informacjach, co do których zastrzegł tajemnice, wskazał strukturę swoich roszczeń i przyjętą taktykę procesową, co

pozostaje istotne z punktu widzenia prowadzonej działalności gospodarczej. Ujawnienie niektórych informacji może w negatywny sposób wpłynąć na prowadzone przez Odwołującego postępowanie sądowe. Według Odwołującego zaznajomienie się z opisaną strategią procesową może również wpłynąć negatywnie na ocenę biznesową i gospodarczą -przykładowo, potencjalny partner może na podstawie prezentowanej strategii dokonać oceny szansy na wygraną w procesie i w zależności od tego ocenić pozytywnie lub negatywnie zdolność finansową lub kredytową Odwołującego do realizacji przyszłego kontraktu (zaznaczyć przy tym należy, iż proces dotyczy zapłaty ponad sześciu milionów złotych kar umownych a uzyskanie lub ostateczna utrata takiej kwoty ma z pewnością wpływ na zdolność finansową Odwołującego i jego zdolność do bieżącego regulowania zobowiązań. Reasumując, wg Wykonawcy utajnione fragmenty

Załącznika do JEDZ mają istotną dla niego wartość gospodarczą. Zaznaczył, że „nawet gdyby przyjąć iż prezentowane wyłącznie w Załączniku do JEDZ informacje dotyczące postępowania sądowego, strategii procesowej oraz szczegółowych okoliczności naliczenia kar umownych same w sobie nie miały charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego, to w pełni polegają one ochronie wyrażonej w art. 21 ust. 1 Dyrektywy 2014/24 jako informacje związane z poufnym aspektem ofert, chociażby z tego względu, iż ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym Odwołującego- szczegółowa argumentacja w tym zakresie zawarta została w pkt (1] uzasadnienia Odwołania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców zgodnie z art. 16 pkt 1) PZP podkreślił, że powinna być interpretowana w rozumieniu przepisów UZNK a „Na gruncie przedmiotowej ustawy czyn nieuczciwej konkurencji jest rozumiany jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Czynność Zamawiającego podjęta w niniejszym postepowaniu, tj. odtajnienie i ewentualne ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego narusza zasadę uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 11 ust. 1 UZNK.”

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentów postępowania, w szczególności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz uzasadnienia decyzji o

odtajnieniu dokumentów.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że Odwołujący zastrzegając informacje nie sprostał ciężarowi wykazania istnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK. Odwołał się do uzasadnienia decyzji o odtajnieniu dokumentów a-e z dnia 28 lutego 2023 r.

Ponownie wskazał, że w odniesieniu do dokumentów a-d Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej. Podkreślił, że odtajniając informacje zastrzeżone wskazał, że sposób postępowania zawarty w dokumentach a-d określał jedynie zasady organizacji przedsiębiorstwa, bez wskazania i bez wykazania jaką wartość gospodarczą te zasady posiadają. Podkreślał, że „Ponadto, z wiedzy i doświadczenia Zamawiającego wynika, że podobne schematy postępowania w procesie ofertowania, sposobu organizacji wewnętrznej, jak i oceny ryzyka są powszechnie stosowane przez wykonawców. Trudno zatem dane przedstawione przez Odwołującego poczytywać jako unikalne i nowatorskie. Wykonawca, zastrzegając informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być przygotowany na konieczność uzasadnienia ich wartości, płynących z tego tytułu korzyści, czy wynikających oszczędności. Odwołujący nie wykazał również niepożądanych skutków, które ujawnienie powyższych danych mogłoby ze sobą nieść dla prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa. Co więcej, jak sam przyznał w Odwołaniu, nawet jeśli konkurencja weszłaby w posiadanie ww. dokumentów, nie uzyskałaby przewagi w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie mogłoby to ,,zniwelować przewagę organizacyjną" Odwołującego. Odwołujący wskazał także na przedsięwzięte środki techniczne, mające służyć zachowaniu poufności, stanowią one jednak standardowe działania podejmowane przez przedsiębiorców i nie mogą świadczyć o szczególnej ochronie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Co nie może umknąć uwadze to fakt, że ciężar wykazania przymiotów przypisywanym tajemnicy przedsiębiorstwa należy do wykonawcy. Rola Zamawiającego ogranicza się do oceny przedstawionych argumentów, w żadnym stopniu nie może on „wyręczać" Odwołującego w dowodzeniu słuszności jego stwierdzeń”

W odniesieniu do dokumentu litera e) Zamawiający dodatkowo wskazywał, że „Choć Odwołujący w sposób obszerny opisał okoliczności mające udowodnić skuteczność tzw. self-cleaningu, również w tym przypadku nie sprostał wykazaniu, że prezentowane w wyjaśnieniach informacje uznać można za tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokument jest

przytoczeniem okoliczności naliczenia kar umownych, argumentacji Odwołującego w zakresie wystąpienia zdarzeń, które miały wpływ na powyższe. Te zaś, jak sam przyznaje w Odwołaniu, stanowią informację publiczną. Trudno podzielić przekonanie Odwołującego, jakoby zawarte w załączniku do JEDZ informacje w jakimkolwiek stopniu nosiły przymiot ,,strategii procesowej". Zamawiający jedynie podkreśla, że subiektywne przekonania Odwołującego nie dają mu prawa do zastrzegania informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tym bardziej, gdy nie znajdują dowodów na ich poparcie. Powyższe wówczas prowadziłoby do absurdu i de facto pozwalało podmiotom na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich informacji, którymi dysponują, o ile tylko zostałyby one przez nie za takie uznane. „

Zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodu z instrukcji systemu jakości – przegląd SIWZ i ofertowanie oraz dokumentu systemu jakości – księga jakości , jako dokumentów przykładowych złożonych przez innych wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na okoliczność notoryjności faktu jawności dokumentów o tożsamym przedmiocie do dokumentów objętych wnioskiem Odwołującego dotyczących kwestii organizacyjnych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz dokumentach złożonych przez Zamawiającego (w tym zakresie uznając, że potwierdzają one wyłącznie fakt istnienia dokumentów tego typu na rynku) i uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach

procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny.

Odwołujący składając w ramach Postępowania dokumenty litera a-e zastrzegł zawarte w nich informacje jako poufne. Dla uzasadnienia zastrzeżenia całości dokumentów litera a-d wskazał, że „Przekazane dokumenty to procedury i schematy, które przedstawiają informacje o wartości gospodarczej dla wykonawcy dopiero po ich zbiorczym zestawieniu tj. prezentowane jako całość. Brak jest możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie fragmentów tych dokumentów a ich ochrona musi objąć całość treści w nich zawartych"

Wykonawca podkreślał, że zastrzegane informacje (dokumenty/ informacje litera a-e) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu artykułu 11 ust. 2 UZNK. Dalej dokonywał wykładni przepisu art. 11 ust. 2 UZNK wskazując w sposób ogólny, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu opisał procedury dotyczące zachowania poufności w spółce będącej konsorcjantem Odwołującego a na ich poparcie załączył zanonimizowaną umowę o pracę zawierającą klauzulę poufności oraz wytyczne prezesa zarządu Eurovia Polska S.A. wskazujące na obowiązek zachowania w poufności treści dokumentów a-d - w zakresie zapoznania się z procedurami wewnętrznymi.

Odwołujący informował, że „zastrzeżone informacje wskazują wewnętrzne procedury a ich ujawnienie wskazywałoby konkurencji metodologię działania wykonawcy w ramach opracowywania propozycji cenowych. Przekazane informacje pokazują pełny proces oceny ryzyka jego identyfikacji oraz podejmowania kroków prewencyjnych w tym zakresie przedstawione procedury mają charakter autorski i zostały oparte na doświadczeniach własnych i wiedzy pracowników wykonawców. Ponadto wykonawca podnosi, że ujawnienie informacji dotyczących postępowania sądowego mogłoby negatywnie wpłynąć na jego taktykę procesową jak też doprowadzić do zachwiania jego wiarygodności rynkowej, co przekładać się będzie na stosunki z kontrahentami.", co dodatkowo wskazuje na zasadność zastrzeżenia tajemnicy w świetle rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE") z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21.

W podsumowaniu ocenił, że wykazał poufny charakter zastrzeganych informacji, co gwarantuje im ochronę przed udostępnieniem osobom trzecim.

Zamawiający pismami z dnia 28 lutego 2023r. (dotyczącymi odpowiednio Części 1 i 2 oraz 3 Postępowania) uznał zastrzeżone informacje zawarte w Załączniku do JEDZ (litera e) 11

oraz dokumentach litera a-d jako niespełniające wymagań definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz niespełniające wymogów art. 18 ust. 3 PZP, w związku z czym zadecydował o odtajnieniu wszystkich informacji zawartych w tychże dokumentach. W uzasadnieniu przywołał stanowiska judykatury oraz wskazał, że Wykonawca nie wykazał, ze dokumenty zasługują na ochronę i uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 2 UZNK a dodatkowo w odniesieniu do dokumentu litera e) podkreślił, że zawiera on informacje związane z podstawą wykluczenia Wykonawcy i będące podstawą konkurowania w innych postępowaniach.

Wskazał, że wyjaśnienia Wykonawcy są ogólne i lakoniczne. Sprowadzają się do deklaracji, co nie wystarcza do wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie zawierają wyjaśnienia dlaczego zastrzeżone informacje mają stanowić tajemnicę, nie precyzują do czego się sprowadza ich wartość gospodarcza i jaka ona jest: „W odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w treści wyjaśnień nie wykazaliście Państwo, w czym upatrują wartości gospodarczej konkretnej informacji. Z uzasadnienia nie wynika, w jaki sposób Państwa konkurenci mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny. Z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wynika jedynie iż ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami. Nie jest to jednak obiektywna wartość gospodarcza ale raczej subiektywna ocena ryzyka związanego z prowadzeniem przedsiębiorstwa, co jest elementem zdrowej i prawidłowej konkurencji na rynku. Przy czym sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów czy ich cen, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej Wykonawcy. Możliwość weryfikacji oferty przez innych Wykonawców jest gwarancją rzetelnej obiektywnej analizy ofert innych Wykonawców. To zaś w konsekwencji przekłada się na zapewnienie wyboru Wykonawcy, które w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie. Z przedstawionego uzasadnienia w żaden sposób nie wynika, aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku. Samo stwierdzenie, że dane informacje mają dla Wykonawcy wartość nie wystarczy aby uznać, że Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte 12

poszczególne informacje czy też dane, co do których Wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. Wskazać należy, iż Wykonawca zastrzegający całościowo dokumenty musi liczyć się z tym, że w przypadku uznania bezzasadności takiego działania odtajnieniu będą podlegały informacje w szerszym zakresie niż gdyby Wykonawca działał z należytą starannością. Ponadto w ocenie Zamawiającego okoliczności naliczenia kar umownych Wykonawcy, jak również argumentacja Wykonawcy w sprawie stanowi informacje publiczną i zostanie udostępniona przez Zamawiającego, który je naliczył każdemu podmiotowi który o takie informacje wystąpi. Reasumując, zdaniem Zamawiającego, zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w plikach: • „_zalacznik_do_jedz_czesc_1_i_2.pdf"; oraz • „załączniki_2-6_czesc_1_i_2.pdf"; nie spełniają wymagań definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, jak również Wykonawca nie wykazał zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że informacje zawarte w zastrzeżonych

dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający odtajnia więc informacje zawarte w tych plikach."

Treść uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako poufnych oraz uzasadnienia odtajnienia była tożsama w odniesieniu do wszystkich części Postępowania.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 18 PZP: 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i

zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zgodnie z art. 16 PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. W art. 18 ust. 3 PZP ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje, w ocenie Izby, ograniczenia również w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE") z dnia 17 listopada 2022r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, lecz również innych które mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak powstaje potrzeba wykazania możliwości naruszenia interesów handlowych wykonawcy i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeganej informacji.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle UZNK oraz szerzej pojmowanej tajemnicy, do której referuje art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE a Zamawiający uzasadniając decyzję o odtajnieniu prawidłowo wskazał motywy i podstawę podjętej czynności.

Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Wykonawcę w ramach Postępowania stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą Odwołującego) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i bez wykazania choćby tego, na czym miałaby polegać strata grożąca Odwołującemu w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP.

Izba uznała, że opis przyjętych procedur zabezpieczających przez ujawnieniem informacji poufnych u konsorcjanta Wykonawcy jest szczegółowy, lecz również tutaj zabrakło elementu wykazania wdrożenia tychże w odniesieniu do informacji dokument e). W ocenie Izby nie jest wystarczającym dla wykazania przedsięwzięcia działań niezbędnych w celu zachowania w poufności informacji dotyczących prowadzonego sporu sądowego, przedstawienie umowy o pracę i wytycznych prezesa konsorcjanta Wykonawcy w zakresie zapoznania się z procedurami wewnętrznymi, w szczególności wobec istnienia drugiego aktora firmy Saferoad Grawil sp. z o.o. w Kobierzycach. Kwestia ta pozostaje jednak bez wpływu na ocenę kwestionowanego zachowania Zamawiającego wobec nie wykazania przez Wykonawcę przesłanki wartości gospodarczej, handlowej lub zakłócenia konkurencji na skutek odtajnienia zastrzeganych informacji w odniesieniu do wszystkich kategorii zastrzeganych dokumentów/ informacji (dokumenty a-e).

Izba poddała także analizie zastrzeżone dokumenty i nie znalazła w nich danych pozwalających na zbudowanie przewagi rynkowej innym podmiotom lub zakłócenia konkurencji. Dane zawarte w dokumentach a-d mają charakter ogólnikowy i

blankietowy, nie pozwalają w ocenie Izby także na przewidzenie, jakie decyzje zostaną podjęte przez Wykonawcę w przyszłości w innych potencjalnych postępowaniach. Wbrew twierdzeniom uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz odwołania nie zawierają metodologii pozwalającej na budowanie przewagi rynkowej. Dane zastrzeżone z dokumentu litera e) również nie mają, przełożenia na konkurencję na rynku, nie powodują jej zachwiania. Wobec faktu, że dotyczą postępowania sądowego, którego stroną jest Zamawiający i mógł się jako uczestnik Postępowania z nimi zapoznać nie wpłyną także na zbudowanie lub zachwianie przewagi procesowej.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 PZP, czyli wymogu „wykazania" przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna"), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne", o ile „nie przewidziano inaczej (…) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji". Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: „W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter".

Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: „Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu

określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obarczona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego (…)".

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy UZNK, PZP oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 16 PZP.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie brak było dowodów wykazujących zasadność zastrzeżenia tajemnicy jak też wyjaśnień pozwalających na uznanie, że informacja spełnia przesłanki uznania jej za skutecznie zastrzeżoną również już na etapie Postępowania.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie

sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) Rozporządzenia 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 na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..