

Sygn. akt: KIO 1013/23

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Justyna Tomkowska

Ryszard Tetzlaff Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2023 r. przez: wykonawcę Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

ul. Bonifraterska 17 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142A

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bonifraterska 17 na rzecz zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 142A kwotę 3 680 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset osiemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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:.....

Członkowie:

Sygn. akt KIO 698/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej budowy kolektora ściekowego na czas budowy Centralnego Portu Komunikacyjnego wraz z możliwością wykorzystania na etapie eksploatacji lotniska zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 028-081902

W dniu 30 marca 2023 r. zamawiający poinformował Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie o zamiarze odtajnienia wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę, co do rażąco niskiej ceny jego oferty.

W dniu 11 kwietnia 2023 r. odwołanie wniósł Multiconsult Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez członka zarządu odwołującego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu w dniu 11 kwietnia 2023 r.

Odwołujący wniósł odwołanie na:

- a. zaniechanie uznania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach złożonych przez wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i w konsekwencji podjęcie przez zamawiającego decyzji o odtajnieniu, pomimo że:
 - (i) Wykonawca wykazał, że oznaczone przez wykonawcę informacje, przekazane zamawiającemu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. podał konkretne okoliczności potwierdzające spełnienie przesłanek wymaganych

dla uznania przekazanych informacji, oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 1 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Znku”);

(ii) Wykonawca równocześnie z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczył jednoznacznie, które z grupy złożonych informacji nie mogą być ujawnione, gdyż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Znku;

(iii) Wykonawca wykazał działania podjęte dla potrzeb wyłączenia jawności informacji przekazanych zamawiającemu stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

(iv) Wykonawca nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które zamawiający określił w SWZ jako informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

b. zaniechanie prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy: a. art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 16 pkt. 1 - 3 ustawy przez: (i) nieuzasadnione uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec przekazanych informacji, stanowiące rezultat błędnej oceny przekazanego przez wykonawcę materiału dowodowego potwierdzającego skuteczność zastrzeżenia poufności informacji, (ii) prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, w sposób wpływający na wynik postępowania;

Wniósł o:

a. uwzględnienie odwołania w całości;

b. nakazanie zamawiającemu nieujawniania informacji zawartych w dokumentach złożonych w postępowaniu przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Ponadto o:

c. dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów oraz innych środków dowodowych załączonych do pisma lub wskazanych w treści uzasadnienia, na fakty i okoliczności zawarte w odwołaniu, jak również z dokumentów przedstawionych na rozprawie na fakty i okoliczności zgłoszone w toku postępowania;

d. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwolujący wskazał, że uprawniony jest do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy jako wykonawca, który ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Interes odwołującego przejawia się w tym, że w informacji z otwarcia ofert z dnia 06 marca 2023 roku odwołujący złożył ofertę przewidującą cenę brutto 3.419.031,00 zł brutto (słownie; trzy miliony czterysta dziewiętnaście tysięcy trzydzieści jeden złotych), podczas gdy z informacji o kwocie jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynika, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3.972.393,33 zł brutto (słownie: trzy miliony dziewięćset siedemdziesiąt dwa tysiące trzysta dziewięćdziesiąt trzy złote 33/100). Mając powyższe na uwadze oraz uwzględniając ceny ofert przedłożone przez innych oferentów to, odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i przedłożył ofertę w wysokości najbliższej kwocie, jaką zamawiający zamierz przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Informacja z otwarcia ofert – zamawiający poinformował, że zostały złożone następujące oferty:

1 Biuro Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej "Biprowod Warszawa" Sp. z o.o.

Władysława Broniewskiego 3, 01-785 Warszawa netto 8 050 000,00 brutto 9 901 500,00

2 TRACKNET sp. z o.o. ul. Mińska 22, kod 03-808 Warszawa netto 5 973 000,00 brutto

7 346 790,00

3 ANTEA POLSKA S.A ul. Dulęby 5, 40-833 Katowice netto 1 728 000,00 brutto 2 125

440,00

4 TRANSPROJEKT GDAŃSKI sp. z o.o ul. Zabytkowa 2, 80 - 253 GDAŃSK netto 5

190 000,00 brutto 6 383 700,00

5 . Multiconsult Polska Sp. z o.o. ul. Bonifraterska 17, 00-203 miasto Warszawa netto 2 779

700,00 brutto 3 419 031,00

Za interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy rozumie się możliwość uzyskania takiego

zamówienia (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych, Komentarz. WKP/el, 2018.). Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza tym samym stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczonej niezgodnymi z przepisami czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany (Jaworska Marzena, Grześkowiak-Stojek Dorota, Jarnicka Julia, Matusiak Agnieszka, prawo zamówień publicznych. Komentarz, Art, 505 - komentarz, wyd. 2022). Odwołujący podkreślił, że zarówno w doktrynie prawniczej jak i judykaturze interes w uzyskaniu zamówienia traktuje się szeroko, Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu analizowanego przepisu jest zatem chociażby potencjalna szansa uzyskania przez odwołującego zamówienia (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2011 roku, sygn. akt: KIO 1389/11, LEX nr 602808). Wskazał także, że zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 ustawy istotny jest interes w uzyskaniu zamówienia a nie danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z roku 2004.

Bezspornym jest zatem to, że na etapie składania tego odwołania odwołujący ma realną szansę na uzyskania zamówienia w postępowaniu.

Szkoda odwołującego z kolei przejawia się w konsekwencjach odtajnienia przez zamawiającego dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Odtajnienie przez zamawiającego dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego może implikować istotną zmianę warunków dotychczasowej współpracy z podwykonawcami, w tym m.in. w zakresie zmiany wysokości wynagrodzenia, jakie odwołujący będzie zobowiązany płacić podwykonawcom, konieczność wprowadzenia do umów z podwykonawcami kar umownych, jakimi będzie mógł być obciążany odwołujący w związku z ujawnieniem informacji dot. podwykonawcy w ramach udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wypowiedzenie lub rozwiązanie dotychczasowych umów współpracy z podwykonawcami, a w konsekwencji także konieczność zmiany dla potrzeb

zamówień publicznych wysokości ofert składanych przez odwołującego lub ewentualnie brak możliwości do przystępowania do postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Wszystkie wskazane powyżej okoliczności wiążą się z wystąpieniem po stronie odwołującego szkody.

Podobnie ma się sytuacja w doniesieniu do sposobów i metod kalkulacji stosowanych przez odwołującego. Odtajnienie przez zamawiającego dokumentów i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego może prowadzić do konieczności wprowadzenia nowych metod i sposobów kalkulacji. W szczególności jednak odtajnienie tychże informacji będzie prowadzić do powstania szkody wyrażającej się w przekazaniu konkurencji odwołującego niewrażliwych danych odwołującego w zakresie kalkulacji wpływając tym samym zarówno na możliwość stosowania przez konkurencję utajnionych metod kalkulacji odwołującego jak również na możliwość uzyskiwania przyszłych zamówień publicznych w przypadku odtajnienia a tym samym stworzenia przewidywalności ofert odwołującego wobec konkurencji.

Powyższe w oczywisty sposób prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego.

Szkoda odwołującego przejawia się także w braku uzyskania zamówienia - korzyści finansowych, zysku, jakie zamierzał osiągnąć z realizacji zamówienia. Poniesione, rzeczywiste szkody to koszty (pracochłonność, czasochłonność) powstałe w związku z udziałem w postępowaniu oraz sporządzeniem oferty, która winna zostać wybrana.

Podsumowując, odwołujący wskazał, że wyeliminowanie błędów powstałych w toku postępowania, w rezultacie działań i zaniechań zamawiającego stanowiących przedmiot zaskarżenia niniejszym odwołaniem uniemożliwi odtajnienie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego prowadząc do należytego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i proporcjonalności, jak również uniemożliwi zachwianie pozycji odwołującego w ramach innych, przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to zachwiania w sposób oczywisty doszłoby w przypadku odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

W toku postępowania miały miejsce następujące czynności, wpływające na jego przebieg oraz wynik:

- a. publikacja ogłoszenia o postępowaniu na stronie zamawiającego - 08 lutego 2023 roku;
- b. publikacja informacji o kwocie przeznaczanej na sfinansowanie zamówienia - 06 marca 2023 roku;
- c. publikacja informacji o złożonych ofertach - 06 marca 2023 roku;
- d. wezwanie wykonawcy przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę - 16 marca 2023 roku; złożenie przez wykonawcę wyjaśnień odnośnie do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę - 24 marca

2023 roku; zawiadomienie wykonawcy przez zamawiającego o odtajnieniu informacji - 30 marca 2023 roku;

Odwołujący złożył ofertę zgodną z wymaganiami SWZ.

Oferta odwołującego nie została odrzucona - odwołujący złożył w ramach oferty komplet wymaganych załączników.

Odwołujący został wezwany w dniu 16 marca 2023 roku do złożenia wyjaśnień odnośnie do wysokości ceny zaoferowanej przez odwołującego, które to wyjaśnienia wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący złożył dnia 24 marca 2023 roku.

Odwołujący w sposób należyty wykazał, że przekazane przez odwołującego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, opatrzył w nazwie pliki z informacjami określeniem „TAJEMNICA”, jak również w treści dokumentów w sposób widoczny oznaczył „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, uzasadnił zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które zamawiający określił w SWZ jako informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie naruszenia: art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 16 pkt. 1 - 3 ustawy.

Ogólne uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa

Zgodnie z mającymi zastosowanie w postępowaniu przepisami ustawy, tj. w świetle regulacji art. 18 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 16 marca 2023 roku odnośnie do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę (dalej jako: „wezwanie”) odwołujący dnia 24 marca 2023 r. złożył zamawiającemu pismo z wyjaśnieniami odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny (dalej jako: „odpowiedź wykonawcy”).

DOWÓD: wezwanie zamawiającego z dnia 16.03.2023 roku odnośnie do wysokości ceny zaoferowanej przez wykonawcę - w aktach sprawy; odpowiedź odwołującego z wyjaśnieniami odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny (wraz z załącznikami) - w aktach sprawy;

W odpowiedzi wykonawcy poza złożeniem wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny odwołujący wyraźnie i w sposób niebudzący żadnych wątpliwości zawarł informacje dotyczące zastrzeżenia w tekście odpowiedzi wykonawcy tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, jak również wskazał części pisma objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, czego dowodem są przykładowe fragmenty z dowodu stanowiącego załącznik 4 do odwołania, zamieszczone poniżej.

Przykład 1 z dowodu stanowiącego odpowiedź odwołującego z wyjaśnieniami odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny znajdującego się - w aktach sprawy

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej budowy kolektora ściekowego na czas budowy Centralnego Portu Komunikacyjnego wraz z możliwością wykorzystania na etapie eksploatacji lotniska”, nr postępowania: FZA.2SIO.4.2023/SC

UWAGA! Niniejsze wyjaśnienia w oznaczonym zakresie wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z powyższym wnosimy o ich nieujawnianie podmiotom nieupoważnionym, w tym przede wszystkim konkurencyjnym wykonawcom

Przykład 2 z Dowodu stanowiącego odpowiedź odwołującego z wyjaśnieniami odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny znajdującego się w aktach sprawy

UWAGA! Poniższa treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa

Przykład 3 z Dowodu stanowiącego odpowiedź odwołującego z wyjaśnieniami odnośnie do wysokości zaoferowanej ceny znajdującego się w aktach sprawy

Koniec tajemnicy przedsiębiorstwa

Odwołujący wskazał, że w sposób należyty, a nawet wręcz w sposób wykraczający poza należytą starannością poinformował zamawiającego o fakcie przekazania mu tajemnicy przedsiębiorstwa wraz ze wskazaniem dokumentów i elementów dokumentów zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

W odpowiedzi na odpowiedź wykonawcy zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, datowane na dzień 30 marca 2023 roku (dalej jako: „zawiadomienie”).

DOWÓD: zawiadomienie z dnia 30 marca 2023 roku o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - w aktach sprawy

W nawiązaniu do zawiadomienia zamawiającego, zanim kontestowany będzie jego zakres, wskazać należy na rażący błąd zamawiającego znajduje się już w samym tytule zawiadomienia.

Zamawiający wskazał w tytule pisma, że stanowi ono zawiadomienie „o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Już sam fakt sposobu zredagowania zawiadomienia przez zamawiającego wskazuje na szereg błędów logicznych i prawnych poczynionych przez zamawiającego w związku z oceną materiałów i odpowiedzią wykonawcy przekazaną przez odwołującego.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał na treść art. 18 ust. 3 ustawy, zgodnie z którą nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że za-

strzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z brzmienia wskazanego przepisu wynika w sposób nad wyraz jasny, że zamawiający (nie tylko ten występujący w ramach przedmiotowej sprawy, ale każdy zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) nie jest uprawniony do decydowania czy to w sposób subiektywny czy to w sposób (hipotetycznie) obiektywny, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa czy też nie. Zamawiający nie posiada bowiem kompetencji do klasyfikacji informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa lub nie. W szczególności kompetencja taka nie wynika z treści art. 18 ustawy. Podstaw prawnych do zaszeregowania danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa należy upatrywać w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „Znku”). Zgodnie z art. 11 Znku o zaszeregowaniu danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa decyduje dany przedsiębiorca. Oznacza to tym samym, że zamawiający mógłby określić dane informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko w przypadku, gdyby chodziło o jego przedsiębiorstwo, a nie w przypadku, gdy chodzi o przedsiębiorstwo odwołującego.

Co więcej, wskazać należy, że zamawiający w treści zawiadomienia sam przytoczył orzeczenie, zgodnie z którym „Nie jest rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (...)” (wyrok SO z dnia 01.10.2021 r. sygn. XXIII Zs 53/21). Odnosząc się do wskazanego orzeczenia wyrażającego stanowisko zamawiającego należy pójść krok dalej i twierdzić, że określenie czy dana informacja może lub stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie tylko nie jest rolą zamawiającego, ale także że na podstawie przepisów ustawy i Znku zamawiający nie posiada prawa do dokonywania takiej oceny. W konsekwencji, dokonywanie takiej oceny przez zamawiającego stanowi nie tylko wykroczenie przez zamawiającego poza jego ustawowe uprawnienia, ale wręcz stanowi naruszenie przepisów prawa powszechnie obowiązującego, w tym przepisów ustawy i Znku.

W ślad za powyższym stwierdzić należy, że zamawiający całkowicie bezprawnie i w sposób wprowadzający w błąd oraz w sposób deprecjonujący zakres i charakter informacji i dokumentów przekazanych przez odwołującego w związku z odpowiedzią wykonawcy stwierdził, że informacje i dokumenty odwołującego, które zamawiający chce odtajnić nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Prostując nieuprawnione, błędne i nieprawdziwe stanowisko zamawiającego odwołujący podkreślił, że zamiarem wynikającym z zawiadomienia (pomimo jakże błędnego zatytułowania zawiadomienia przez jest chęć odtajnienia informacji). stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Konkluzją powyższego, mającą istotny wpływ na stan postępowania jak również na przedmiotową sprawę, jest fakt, że w ramach postępowania odwoławczego chodzi o dokumenty i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, a nie o jakieś dokumenty i

informacje powszechnie dostępne i znane bliżej nieokreślonemu, ale zakrojonemu na szeroką skalę, kręgowi podmiotowemu.

W treści zawiadomienia zamawiający wskazał, że nie uznaje skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentu „Wyjaśnienia RNC Kolektor Multiconsult (tajemnica przedsiębiorstwa)” wraz z poniższymi załącznikami:

Zamawiający informuje, że nie uznaje skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentu „Wyjaśnienia RNC Kolektor- Multiconsult (tajemnica przedsiębiorstwa)” wraz z poniższymi załącznikami:

„załącznik nr 1 - SGR - kalkulacja cenowa (tajemnica przedsiębiorstwa)”, „załącznik nr 2 - oferta podwykonawcza (tajemnica przedsiębiorstwa)”, „załącznik nr 3 - wyjaśnienia w zakresie badań geologicznych (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

„załącznik nr Ba - Umowa Nr ENV001022022 (tajemnica przedsiębiorstwa)”, „załącznik nr 3b - Umowa Nr ZZ34372022 (tajemnica przedsiębiorstwa)”, „załącznik nr 3c Umowa Ramowa Współpracy z dnia 17.02.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

„załącznik nr 3d - Oferta z dnia 03.03.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

„załącznik nr 3e Umowa ramowa Współpracy z dnia 07.11.2022 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

„załącznik nr 5 -Kodeks praktyki i etyki biznesowej_pkt.3.7 (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

„załącznik nr 6 - Regulamin_pracv_pkt.3.1 (tajemnica przedsiębiorstwa)”, „załącznik nr 7 - Polityka poufności MCPL (tajemnica przedsiębiorstwa)”

(dalej wszystkie pliki łącznie jako: „Wyjaśnienie”).

W błędnej ocenie zamawiającego zastrzeżenie odwołującego odnośnie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skuteczne.

Istota problemu sprowadza się tym samym do koncepcji wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 Znku, a tym samym, że informacje przekazane przez odwołującego stanowią

„informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne 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 dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności. ”.

W nawiązaniu do powyższego odwołujący wskazał, że informacje odwołującego winny:

- a. Stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa odwołującego lub inne posiadające wartość gospodarczą;
- b. w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są dostępne dla takich osób;
- c. w stosunku do takich informacji podjęte zostały przez uprawnionego do korzystania z informacji lub ich rozpowszechniania, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich poufności.

Spełnienie powyżej wskazanych przesłanek implikuje, że informacje przedsiębiorcy korzystają z ochrony przewidzianej dla tajemnicy przedsiębiorstwa na gruncie art. 11 Ztku.

Mając powyższe na uwadze odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca w dyspozycji art. 18 ust. 3 ustawy wskazał na obowiązek wykonawcy jedynie w zakresie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednocześnie nie definiując pojęcia „wykazać”. Z powyższego wynika tym samym, że do nieujawniania przez zamawiającego tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy co prawda nie jest wystarczające wyłącznie oznaczenie danych dokumentów i informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale jednocześnie obowiązkiem wykonawcy nie jest udowadnianie zamawiającemu, że dane dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Gdyby na wykonawcy spoczywał obowiązek udowodnienia, ustawodawca właśnie w ten sposób sformułowałby przepis art. 18 ust. 3 ustawy, a nie poprzez użycie słowa „wykazać”. Zgodnie z zasadami prawidłowej legislacji nie można postawić znaku równości między pojęciami „wykazywać” a „udowadniać”. Tym samym zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawcy udowadniania, czy dana informacja lub dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, gdyż do wykonawcy należy wykazanie czy dana informacja lub dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Brak obowiązku udawadniania przez wykonawcę, czy dana informacja lub dokument jest tajemnicą jego przedsiębiorstwa wynika również z faktu, że przepisy ustawy w żadnym zakresie nie regulują kwestii oceny dowodów i przeprowadzania postępowania dowodowego w danym zakresie. Powyższe wskazuje tym samym, że wykonawca nie tylko nie ma obowiązku udowadniania tajemnicy przedsiębiorstwa, ale także że zamawiający nie może interpretować pojęcia „wykazać” z art. 18 ust. 3 ustawy w sposób dowolny, pozbawiony argumentacji i nieprzystający do danego stanu faktycznego i danego postępowania. W sytuacji zatem, gdy na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego i rzeczowego uzasadnienia, dlaczego zamawiający odmawia uznania, że wykonawca w sposób należyty wykazał zastrzeżenie danych informacji. W innym przypadku i przy przyjęciu innej interpretacji norm ustawy dochodziłoby do sytuacji, w której zamawiający przy odtajnieniu tajemnicy przedsię-

biorstwa de facto nie podlega żadnym przepisom, zasadą i żadnej odpowiedzialności, co w sposób oczywisty naruszałoby zasadę równowagi uczestników postępowania, jak również naruszałoby zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności godząc tym samym w dyspozycję normy z art. 16 ustawy. Tym samym taki sposób interpretacji prowadziłby do sytuacji, w której przepisy ustawy są ze sobą wewnętrznie sprzeczne.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać za KIO, że nie można utożsamiać „wykazania” z „udowodnieniem”, zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawy nie zawiera regulacji o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązki udowadniania określonych okoliczności. Co więcej zastrzeżenie winno zależeć od indywidualnego stanu danej sprawy i winno uwzględniać przede wszystkim charakter i rodzaj zastrzeganych informacji (wyrok KIO z 17.01.2022 r., sygn. KIO 3730/21).

Ponadto należy dodać, że zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 3 ustawy zamawiający przy ocenie „wykazania” zastrzeżenia dokonanego przez wykonawcę jest zobligowany do odpowiedniego stosowania przepisów Ztku w zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei zgodnie z tymi przepisami poufność informacji podjęta przez uprawnionego do korzystania z informacji (w przypadku prawa zamówień publicznych; wykonawcy) została dokonana przy zachowaniu należytej staranności. Tym samym zamawiający działający na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy nie jest uprawniony w swojej ocenie wykazania zastrzeżenia informacji przez wykonawcę do wykraczania poza pojęcie należytej staranności ani do nadinterpretacji tego pojęcia. Dodatkowo pojęcie to winno być każdorazowo dostosowane do indywidualnej pozycji wykonawcy i stanu faktycznego w jakim jest ono rozstrzygane. Zaś sam fakt zachowania przez wykonawcę należytej staranności winien w sposób jednoznaczny być przyjęty przez zamawiającego jako spełnienie jednej z trzech przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 Ztku.

Mając powyższe na uwadze oraz w odniesieniu do stanowiska zamawiającego wyrażonego w zawiadomieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że odwołujący w odpowiedzi wykonawcy nie zastrzegł skutecznie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo zamawiający wybiórczo i oględnie zestawiał wyjaśnienia odwołującego z orzecznictwem KIO tworząc tym samym pozory, jakoby tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego nie zasługiwała na ochronę i zastrzeżenie, bez rzeczywistego wyjaśnienia odmowy takiej ochrony.

Przykładowo zamawiający powołuje się w zawiadomieniu na wyrok KIO sygn. KIO 500/21 w brzmieniu „Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walory tajemnicy przedsiębiorstwa” w sytuacji, gdy

odwołujący w sposób dokładny i staranny wykazał zasadność ochrony tajemnicy jego przedsiębiorstwa w sposób uwzględniający dany stan faktyczny i dany rodzaj informacji.

Dodatkowo podkreślił, że zamawiający w swoim zawiadomieniu w żaden sposób nie odniósł się do charakteru informacji podlegających zastrzeżeniu i nie dostosował kryteriów „wykazania” do zakresu i charakteru informacji podawanych przez odwołującego a podlegających ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Dla pełnej jasności i transparentności koniecznym jest zatem podkreślenie znaczenia i charakteru informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazanie konieczności ich zastrzeżenia:

1. Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla odwołującego istotną wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez odwołującego. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej odwołującego, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez odwołującego szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Warto wskazać, że w części niejawną odwołujący przedstawił opracowania własne, które zostały przygotowane przez zespół pracowników odwołującego na potrzeby tego postępowania. Opracowania (zestawienia, tabele, informacje o czynnikach, kosztach) mają charakter unikalny, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a odwołujący poniósł istotny koszt w celu ich przygotowania (wynikający z zaangażowania zespołu pracowników).
2. Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes odwołującego związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, że wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how odwołującego wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu odwołującemu. Powyższe ma szczególne znaczenie na rynku usług, których dotyczy to postępowanie, na którym istnieje duża rywalizacja pomiędzy wykonawcami w postępowaniach o udzielenie zamówienia.
3. W odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty - jest to know-how odwołującego, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę kon-

kurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez niego. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty odwołującego w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym - może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez odwołującego zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych odwołujący skonstruował bowiem najkorzystniejszą dla zamawiającego ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych odwołującego, może natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić im przedkładanie porównywalnych ofert. Dysponując tymi informacjami konkurenci będą mogli m. in.: zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. W/w elementy - tj. polityka cenowa odwołującego, polityka wynagrodzeń, poziom marży to elementy, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez odwołującego jego działalności gospodarczej i które kształtował w perspektywie długoterminowej. Ostatecznie wypracowane w tym zakresie rozwiązania są efektem znacznego nakładu pracy odwołującego i składają się na strategię biznesową — ich wartość gospodarcza dla odwołującego nie może zatem budzić wątpliwości.

4. zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy i posiadają wartość gospodarczą. Odwołujący oświadczył, że wszystkie zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, w tym w szczególności informacje, w jaki sposób wykonawca kalkuluje cenę, jakie czynniki mają wpływ na jej wysokość i jaką posługuje się marżą. Powyższe wyjaśnienia oraz załączniki do nich nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a jednocześnie odwołujący podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwach odwołującego polityką ochrony informacji.
5. Zważywszy na istotną wartość gospodarczą, którą niosą za sobą informacje przekazane w wyjaśnieniach odwołujący w sposób oczywisty nie dopuszcza do ich ujawnienia, nie są one więc podawane do wiadomości publicznej. Nie są to niewątpliwie informacje, które może pozyskać osoba zainteresowana, która nie posiada szczególnych uprawnień do dysponowania tymi informacjami. Niewątpliwie zastrzeżone informacje nie mogą zostać pozyskane przez osobę zwykle zajmującą się świadczeniem usług tego rodzaju w jakikolwiek sposób, w tym m. in. drogą elektroniczną (w Internecie), czy od kontrahentów odwołującego. Powyższe prowadzi do wniosku,

że ujawnienie danych objętych wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przez zamawiającego stanowiłoby pierwsze podanie tych informacji do wiadomości publicznej.

6. Odwołujący podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Odwołujący wskazał na wybrane, stosowane przez siebie, mechanizmy, szczególnie istotne z punktu widzenia zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w przetargach publicznych:

- a. wewnętrzne uregulowania Multiconsult Polska mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany systemy zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015), środowiskiem (w oparciu o normę ISO 14001:2015) i bezpieczeństwem, i higieną pracy (w oparciu o normę OHSAS 18001:2007), certyfikowany przez Lloyds Register Quality Assurance,
- b. zarządzanie projektami w oparciu o Zintegrowany System Zarządzania Biznesowego wskazujący, że Multiconsult Polska przewiduje proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji,
- c. wykonywanie przez Multiconsult Polska dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji; warto też podkreślić, że dokument ten nie tylko stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nieujawnianą podmiotom trzecim, ale nawet wewnątrz spółki dostęp do niego mają jedynie: Zarząd, Dział Finansowy, Kierownik oraz Dyrektor Oferty,
- d. wprowadzenie programu kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymywane w Multiconsult Polska,

przekazywanie zastrzeżonych informacji i dokumentów odbywa się w Multiconsult Polska poprzez udzielenie dostępu do firmowej przestrzeni dyskowej; dostęp możliwy jest jednak wyłącznie dla wskazanych osób, po zalogowaniu oraz podaniu hasła,

Multiconsult Polska dba także o ochronę przed nieautoryzowanym dostępem fizycznym, uszkodzeniami lub zakłóceniami bezpośrednio w swojej siedzibie oraz w odniesieniu do informacji; aspekty te realizowane są między innymi poprzez podział uprawnień i odpowiedzialności, ustalenie i przestrzeganie zasad pracy oraz poprzez administrowanie prawami dostępu (np. karty wejściowe),

g. Dostęp do informacji, miejsc, urządzeń lub systemów ich przetwarzania mają tylko osoby uprawnione. Kontrola dostępu do wskazanych urządzeń jest monitorowana poprzez zapisy w systemach monitorujących Active Directory (hasła dostępu, logi itp.). Dotyczy to zarówno pracy w siedzibie Multiconsult Polska, jak i poza jej pomieszczeniami (np. VPN):

- i. zastosowanie profesjonalnych firewall i sprzętowych filtrujących i ochraniających ruch sieciowy,
- ii. szyfrowanie ruchu sieciowego VPN,
- iii. dwustopniowa weryfikacja do logowania w systemach firmy (hasła i SMS kody),
- iv. dane przetrzymywane na dysku są zaszyfrowane i zabezpieczone przez nieautoryzowanym przed niepowołanym odczytem, zabezpieczenie urządzeń mobilnych za pomocą aplikacji Microsoft Intune,

vi. zabezpieczenie komputerów przed zaszyfrowaniem danych za pomocą technologii firmy Paloalto,

h. Osoby odpowiedzialne w Multiconsult Polska dokonują okresowo przeglądów praw dostępu w celu efektywnej kontroli nad dostępem do danych i usług informacyjnych (np. monitoring logów systemowych); u Wykonawcy stosuje się politykę „czystego ekranu” i „czystego biurka”; Multiconsult Polska dba o prawidłową i bezpieczną eksploatację środków przetwarzania własnych informacji w celu zapewnienia, że są one poufne, integralne i dostępne,

Regulamin Pracy Multiconsult Polska zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji,

j. Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 11.10.2018 - Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o.

W odniesieniu do umów z podwykonawcami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa odwołującego wskazał on dodatkowo na kilka istotnych aspektów. Wszystkie ze wskazanych przez odwołującego umów z podwykonawcami mają charakter umowy ramowej i długoterminowej, co w szczególności oznacza, że nie zostały one zawarte tylko dla potrzeb niniejszego postępowania oraz że będą znajdowały odpowiednie zastosowanie w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z całą pewnością zakres współpracy podjętej przez odwołującego z podwykonawcami ma istotną wartość gospodarczą, którą można przeliczyć w odniesieniu do dotychczas wykonanej współpracy oraz na podstawie wszystkich pozostałych przedsięwzięć, które mają lub mogą być wspólnie realizowane. Brak takiej współpracy z kolei mógłby implikować dla odwołującego albo brak możliwości ubiegania się o realizację umowy w ramach przedmiotowego postępowania, jak i rzutowałby na możliwość przystępowania do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazując, że dana współpraca odwołującego i podwykonawców nie ma charakteru jednostkowego czy też incydentalnego wskazuje się na znaczenie tej współpracy w ujęciu ogólnym i biznesowym, wiążącym się z uzyskaniem odpowiednich zysków po stronie odwołującego. Jednocześnie odwołujący wskazał, że

ujawnienie informacji wynikających z ww. umów prowadzić będzie do konsekwencji w zakresie konkurencji oraz zaufania. W pierwszym przypadku bowiem ujawnienie zakresu współpracy i wynagrodzenia ustalonego przez strony za taką współpracę pozwoli konkurencji na ustalanie działań i czynności odwołującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia naruszając zasadę uczciwej konkurencji. W drugim przypadku z kolei ujawnienie tychże umów doprowadzi do zachwiania zaufania ze strony podwykonawców do odwołującego, które to zaufanie stanowi niematerialny, ale niezwykle istotny element każdej współpracy, nie tylko gospodarczej. Utrata zaufania może mieć swoje prawne inklinacje w

postaci zerwania współpracy przez podwykonawców lub istotnej zmiany zakresu i charakteru współpracy, który ewentualnie może przekładać się na konkurencyjność przyszłych ofert składanych przez odwołującego w ramach innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględniając powyższe odwołujący stwierdził i wyraźnie podkreślił, że ujawnienie ww. umów może prowadzić do powstania szkody po stronie odwołującego właśnie w zakresie ujawnienia istotnych informacji przed konkurentami, zmianą charakteru i zakresu współpracy lub zerwania współpracy a w konsekwencji szkodą w zakresie możliwości przystępowania do innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego bądź możliwości składania ofert równie korzystnych, jak miałyby to miejsce przed ujawnieniem do informacji publicznej ww. umów.

Za linią orzeczniczą wskazać należy, że fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności (wyrok KIO z 09.05.2022 r. sygn. KIO 991/22).

Z kolei w odniesieniu do kalkulacji ceny zauważyć należy, że kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty jest to know-how odwołującego, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez niego. Umożliwia również przewidzenie przez Inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty odwołującego w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez odwołującego zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych odwołujący skonstruował bowiem najkorzystniejszą dla zamawiającego ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych odwołującego, może natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić im przedkładanie porównywalnych ofert. Dysponując tymi informacjami konkurenci będą mogli m. in.: zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. W/w elementy - tj. polityka cenowa odwołującego, polityka wynagrodzeń, poziom marży to ele-

menty, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez odwołującego jego działalności gospodarczej i które kształtował w perspektywie długoterminowej. Ostatecznie wypracowane w tym zakresie rozwiązania są efektem znacznego nakładu pracy odwołującego i składają się na strategię biznesową - ich wartość gospodarcza dla odwołującego nie może zatem budzić wątpliwości.

Za stanowiskami KIO wskazał, że:

1. zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej." (wyrok KIO z 20.07.2012 r. sygn. KIO 1432/12);
2. zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrywała się działań zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych." (wyrok KIO z 11.02.2013 r. sygn. KIO 175/13);
3. „uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, że są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty, Zawierały także informacje,

których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży, Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy 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.” (wyrok KIO z 21.01.2013 r. sygn. KIO 2835/12)

Jednocześnie wskazać należy, że dobitność ochrony ww. elementów dotyczących kształtowania i kalkulacji ceny na gruncie art. 11 ust. 2 Znk jako know-how odwołującego w sposób nad wyraz wyraźny wynika z faktu regulacji przyjętych w zakresie prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 04 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych ochroną autorską nie są objęte „odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne”. Jednocześnie wskazać należy na znaczenie normy z art. 11 Znk w kontekście własności intelektualnej. W tym też zakresie należy mieć na uwadze, że tajemnica przedsiębiorstwa poświęcona m.in. know how, w tym nawet nieutrata-łonemu know how przedsiębiorcy, ewidentnie wpisuje się w prawo własności intelektualnej i zajmuje miejsce obok prawa autorskiego i praw pokrewnych oraz prawa własności przemysłowej. Ze względów wskazanych powyżej kalkulacje odwołującego nie podlegają ochronie autorskiej. Z oczywistych względów ujawnionych w zakresie przedmiotowym ustawy z dnia 30 czerwca 2000 roku Prawo własności przemysłowej ww. kalkulacje nie kwalifikują się do udzielenia prawa ochronnego w zakresie prawa własności przemysłowej. Brak objęcia ww. kalkulacji ochroną w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa lub ich ujawnienie w sposób oczywisty kwalifikuje się jako działanie na szkodę danego przedsiębiorcy, mogące prowadzić do powstania szeregu negatywnych konsekwencji po stronie odwołującego, w tym szkody finansowej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, że nie tylko spełnił, ale także wykazał, że spełnione są wszystkie przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 Znk kwalifikujące dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa i gwarantujące roztoczenie ochrony prawnej nad takimi informacjami, a w konsekwencji kwalifikując określone informacje jako niepodlegające ujawnieniu. Nie wystąpiły ani nie zostały wykazane przez zamawiającego żadne okoliczności mogące chociażby podważać zasadność uznania danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również nie wystąpiły ani nie zostały wykazane przez zamawiającego żadne okoliczności pozwalające stwierdzić lub chociażby przypuszczać, że odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo zamawiający dokonał całkowicie arbitralnej i nacechowanej swobodą i dowolnością oceny argumentów i dowodów przedstawionych przez odwołującego uniemożliwiając mu tym samym zapewnienie należytej ochrony dla informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła jako dowody w sprawie dokumentację postępowania w zakresie obejmującym wezwanie skierowane przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy

oraz udzielone wyjaśnienia wraz z załącznikami oraz informację o odtajnieniu zastrzeżonych przez odwołującego informacji.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 16 marca 2023 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego, wskazując, że wykonawca zaoferował realizację zamówienia za kwotę 3.419.031,00 zł brutto. Kwota ta jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy, co obliguje zamawiającego – Centralny Port Komunikacyjny sp. z o. o. do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w Formularzu oferty.

W związku z powyższym zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie. Wyjaśnienia powinny zawierać m.in. szczegółowe informacje w zakresie sposobu kalkulacji kosztów przyjętych przez Wykonawcę na potrzeby sporządzenia Oferty oraz wysokości tych kosztów. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględni wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie.

Zamawiający nie uzna za wystarczające samego powołania się na istnienie określonych okoliczności, lecz wymaga wykazania w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Tak złożone wyjaśnienia wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się wykonawca, faktycznie zachodzą.

W przypadku braku dołączenia do wyjaśnień stosownych dowodów, np. z powodu ich nieposiadania, wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w tym zakresie uprawdopodobniających okoliczność uniemożliwiającą ich złożenia.

Zamawiający poinformował, że:

- 1) składając wyjaśnienia wraz z dowodami wykonawca nie może zmienić ceny zaoferowanej w ofercie;

- 2) treść wyjaśnień wraz z dowodami musi odpowiadać treści złożonej oferty;
- 3) wyjaśnienia wykonawcy wraz z dowodami powinny wykazywać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, tj. jest to cena realna, skalkulowana w sposób rzetelny i nie zagraża realizacji zamówienia.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. Multiconsult złożył wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny zastrzegając jednocześnie, że:

"Uwaga! Niniejsze wyjaśnienia w oznaczonym zakresie wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z powyższym wnosimy o ich nieujawnianie podmiotom nieupoważnionym, w tym przede wszystkim konkurencyjnym wykonawcom"

W dalszej części wyjaśnień wykonawca oddzielał fragmenty zawierające w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa od pozostałych informacji w poniższy sposób:

"UWAGA! Poniższa treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa" (...)

"Koniec tajemnicy przedsiębiorstwa"

Skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący uzasadnił w tym samym piśmie w następujący sposób:

„Uzasadnienie objęcia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez wykonawcę ceny tajemnicą przedsiębiorstwa.

1. Zastrzegamy, iż informacje zawarte w oznaczonej części niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w związku z powyższym informacje powyższe, jak i informacje zawarte w załącznikach wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 11 ust. 2 za 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.
 2. Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Multiconsult Polska sp. z o.o. szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Warto wskazać, że w części niejawniej Wykonawca przedstawił opracowania własne, które zostały przygotowane przez zespół pracowników Wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania. Opracowania (zestawienia, tabele, informacje o czynnikach, kosztach) mają charakter
- unikalny, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca poniósł istotny koszt w celu ich przygotowania (wynikający z zaangażowania zespołu pracowników).
3. Wskazać należy na utrwalony w orzecznictwie KIO i w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego pogląd, co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która zawiera listę czynników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia, w szczególności zaś – kalkulacji i dowodów załączanych do wyjaśnień. Pogląd ten po-zostaje aktualny pomimo zmiany ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.
 4. Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

a) Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/ 1432/12, zgodnie z którym: "(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się działaniach Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych."

b) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt: KIO 175/13: "(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach

wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazując bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.”

c) Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2835/12: „W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający

podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...) Wypełniona w ocenie składu orzekającego została definicja pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z art. 11 ust. 4 wskazanej ustawy 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.”

5. Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurencyjnego z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom, ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu Wykonawcy. Powyższe ma szczególne znaczenie na rynku usług, których dotyczy niniejsze postępowanie, na którym istnieje duża rywalizacja pomiędzy wykonawcami w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

6. W odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty – jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez niego. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Korzystając z posiadanych zasobów oraz kontaktów biznesowych Wykonawca skonstruował bowiem najkorzystniejszą dla Zamawiającego ofertę. Przekazanie konkurencji przewag biznesowych Wykonawcy, może natomiast w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić im przedkładanie porównywalnych ofert. Dysponując tymi informacjami konkurenci będą mogli m. in.: zastosować analogiczny sposób kalkulacji ceny, w tym zasad określania marży, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagro-

dzeń. W/w elementy – tj. polityka cenowa Wykonawcy, polityka wynagrodzeń, poziom marży to elementy, które składają się na całość informacji dotyczących zasad prowadzenia przez Wykonawcę jego działalności gospodarczej i które kształtował w perspektywie długoterminowej. Ostatecznie wypracowane w tym zakresie rozwiązania są efektem znacznego nakładu pracy Wykonawcy i składają się na strategię biznesową – ich wartość gospodarcza dla Wykonawcy nie może zatem budzić wątpliwości.

7. Reasumując, zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny i handlowy i posiadają wartość gospodarczą. Wykonawca oświadcza, że wszystkie zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawnione do publicznej wiadomości, w tym w szczególności informacje, w jaki sposób wykonawca kalkuluje cenę, jakie czynniki mają wpływ na jej wysokość i jaką posługuje się marżą. Powyższe wyjaśnienia oraz załączniki do nich nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a jednocześnie Wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności, zgodnie z obowiązującą w przedsiębiorstwach Wykonawcy polityką ochrony informacji.

8. Zważywszy na istotną wartość gospodarczą, którą niosą za sobą informacje przekazane w wyjaśnieniach Wykonawcy w sposób oczywisty nie dopuszcza do ich ujawnienia, nie są one więc podawane do wiadomości publicznej. Nie są to niewątpliwie informacje, które może pozyskać osoba zainteresowana, która nie posiada szczególnych uprawnień do dysponowania tymi informacjami. Niewątpliwie zastrzeżone informacje nie mogą zostać pozyskane przez osobę zwykle zajmującą się świadczeniem usług tego rodzaju w jakikolwiek sposób, w tym m. in. drogą elektroniczną (w Internecie), czy od kontrahentów Wykonawcy. Powyższe prowadzi do wniosku, że ujawnienie danych objętych wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny przez Zamawiającego stanowiłoby pierwsze podanie tych informacji do wiadomości publicznej. W świetle powyższego wniosek Wykonawcy o zastrzeżenie wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie oznaczonym niniejszym pismem jawi się jako całkowicie uzasadniony.

9. Wykonawca podejmuje zintensyfikowane i permanentne działania ukierunkowane na zapewnienie zachowania

ich poufności i ochrony przed dostępem osób trzecich. Wykonawca wskazuje na wybrane, stosowane przez siebie, mechanizmy, szczególnie istotne z punktu widzenia zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w przetargach publicznych:

- wewnętrzne uregulowania Multiconsult Polska mające gwarantować odpowiednie zabezpieczenie informacji i danych, a w szczególności zintegrowany systemy zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015), środowiskiem (w oparciu o normę ISO 14001:2015) i bezpieczeństwem, i higieną pracy (w oparciu o normę OHSAS 18001:2007), certyfikowany przez Lloyd's Register Quality Assurance,
- zarządzanie projektami w oparciu o Zintegrowany System Zarządzania Biznesowego -wskazujący, że Multiconsult Polska przewiduje proces wewnętrzny dotyczący zapewnienia poufności danych i informacji,
- wykonywanie przez Multiconsult Polska dla każdego projektu indywidualnego planu realizacji projektu, w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji. Warto też podkreślić, że dokument ten nie tylko stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nieujawnianą podmiotom trzecim, ale nawet wewnątrz spółki dostęp do niego mają jedynie: Zarząd, Dział Finansowy, Kierownik oraz Dyrektor Oferty,
- wprowadzenie programu kompleksowego audytu wewnętrznego w celu zapewnienia, że standardy bezpieczeństwa informacji są dotrzymywane w Multiconsult Polska,
- wprowadzenie odpowiednich klauzul poufności w umowach Multiconsult Polska z pracownikami i podmiotami współpracującymi, obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych w przypadku ich złamania,
- przekazywanie zastrzeżonych informacji i dokumentów odbywa się w Multiconsult Polska poprzez udzielenie dostępu do firmowej przestrzeni dyskowej. Dostęp możliwy jest jednak wyłącznie dla wskazanych osób, po zalogowaniu oraz podaniu hasła,
- Multiconsult Polska dba także o ochronę przed nieautoryzowanym dostępem fizycznym, uszkodzeniami lub zakłóceniami bezpośrednio w swojej siedzibie oraz w odniesieniu do informacji. Aspekty te realizowane są między innymi poprzez podział uprawnień i odpowiedzialności, ustalenie i przestrzeganie zasad pracy oraz poprzez administrowanie prawami dostępu (np. karty wejściowe),
- Dostęp do informacji, miejsc, urządzeń lub systemów ich przetwarzania mają tylko osoby uprawnione. Kontrola dostępu do wskazanych urządzeń jest monitorowana poprzez zapisy w systemach monitorujących Active Directory (hasła dostępu, logi itp.). Dotyczy to zarówno pracy w siedzibie Multiconsult Polska, jak i poza jej pomieszczeniami (np. VPN):
 - zastosowanie profesjonalnych firewall' i sprzętowych filtrujących i ochraniających ruch sieciowy,
 - szyfrowanie ruchu sieciowego VPN,
 - dwustopniowa weryfikacja do logowania w systemach firmy (hasła i SMS kody),
 - dane przetrzymywane na dysku są zaszyfrowane i zabezpieczone przez nieautoryzowanym przed niepowołanym odczytem,
 - zabezpieczenie urządzeń mobilnych za pomocą aplikacji Microsoft Intune,
 - zabezpieczenie komputerów przed zaszyfrowaniem danych za pomocą technologii firmy Paloalto,
- Osoby odpowiedzialne w Multiconsult Polska dokonują okresowo przeglądów praw dostępu w celu efektywnej kontroli nad dostępem do danych i usług informacyjnych (np. monitoring logów systemowych). U Wykonawcy stosuje się politykę „czystego ekranu” i „czystego biur-

ka”. Multiconsult Polska dba o prawidłową i bezpieczną eksploatację środków przetwarzania własnych informacji w celu zapewnienia, że są one poufne, integralne i dostępne,

- Regulamin Pracy Multiconsult Polska zobowiązujący pracowników do zachowania poufności określonych informacji,
- Zarządzenie Prezesa Zarządu Multiconsult Polska Sp. z o.o. z dnia 11.10.2018 – Polityka poufności sporządzania ofert w Multiconsult Polska Sp. z o.o. (załącznik do niniejszego pisma),

W przypadku chęci bezpośredniego zapoznania się Zamawiającego z politykami poufności/bezpieczeństwa oraz klauzulami poufności zamieszczonymi w dokumentach wewnętrznych spółki Multiconsult Polska, które przytoczone zostały w powyższych wyjaśnieniach, uprzejmie informujemy, iż Wykonawca udostępni ww. dokumenty do wglądu Zamawiającego na jego wniosek.

10. Wskazać należy, że również w dołączonych ofertach handlowych znajdują się klauzule poufności w związku z czym, Wykonawca został zobowiązany do poszanowania tajemnicy informacji przekazywanych przez wystawców ofert pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej. Powyższa okoliczność stanowi dodatkowe potwierdzenie zasadności poczynionego utajnienia. Zaprezentowany przez wykonawcę sposób interpretacji działań

i zachowań widocznych na rynku podziela także KIO wskazując, iż KIO 1550/18: „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy”.

11. Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z art. 11 ust. 4 uzkn „Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji.” Wykonawca nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi.

12. Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również wykazał powyżej spełnienie przez zastrzeżone informacje wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wnosimy o niedostępianie ich podmiotom nieuprawnionym, w szczególności innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

13. Na koniec niniejszej części wyjaśnień warto też wskazać, że ograniczenie zakresu dokonanego zastrzeżenia wyłącznie do informacji spełniających przesłanki do uznania ich za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (i objęcie klauzulą poufności niektórych akapitów wyja-

śnień, a także załączników do wyjaśnień) a nie całych wyjaśnień składanych Zamawiającemu stanowi także działanie w pełni proporcjonalne do uzasadnionego interesu Wykonawcy.

14. Zważywszy, iż nawet jednorazowe ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, może mieć dla Wykonawcy istotne znaczenie, zastrzegamy, iż jeżeli przedstawione wyjaśnienia budzą w jakimkolwiek zakresie wątpliwości Zamawiającego lub wymagają dalszego uszczegółowienia, wyrażamy gotowość do udzielenia Zamawiającemu dalszych wyjaśnień. Dlatego, przed podjęciem decyzji, co do odwołania jakiegokolwiek informacji podlegających zastrzeżeniu zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, wnosimy o wcześniejsze poinformowanie Wykonawcy, o zakresie budzącym wątpliwości Zamawiającego i umożliwienie mu ustosunkowania się do decyzji Zamawiającego lub skorzystania z przysługujących w tym zakresie środków ochrony prawnej.

Mamy nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia oraz załączone dowody czynią zadość wystosowanemu przez Zamawiającego wezwaniu. W przypadku, gdyby przedstawione powyżej wyjaśnienia nie rozwiąły wszystkich wątpliwości Zamawiającego, wskazujemy na potwierdzoną w orzecznictwie sądów powszechnych możliwość kilkukrotnego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10. Dopuszczalność ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp została również potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 586/14: „W razie wątpliwości, co do złożonych wyjaśnień, w szczególności, gdy nie wyjaśniają one oczekiwanego przez zamawiającego zakresu, zamawiający jest zobowiązany do uzyskania dalszych wyjaśnień wykonawcy, by było możliwe dokonanie oceny, czy cena zawarta w ofercie jest rzeczywiście ceną rażąco niską. Ze wskazanego przepisu Pzp i z orzecznictwa wynika brak podstaw do odrzucenia oferty w przypadku, gdy wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny. W szczególności w orzecznictwie podkreślono zobowiązanie zamawiającego do ponownego zwrócenia się do wykonawcy w celu uzyskania wyczerpujących wyjaśnień, co do ceny oferty.” Zbieżny pogląd został również wyrażony w zamieszczonej w Informatorze UZP nr 11/2013 opinii pt. "Badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia".

Lista załączników:

- 1) Załącznik nr 1 – SGR – kalkulacja cenowa (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 2) Załącznik nr 2 – Oferta (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 3) Załącznik nr 3 – wyjaśnienia w zakresie badań geologicznych (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 4) Załącznik nr 3a - Umowa Nr ENV/00102/2022 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 5) Załącznik nr 3b - Umowa Nr ZZ/3437/2022 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 6) Załącznik nr 3c - Umowa Ramowa Współpracy z dnia 17.02.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 7) Załącznik nr 3d - Oferta z dnia 03.03.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 8) Załącznik nr 3e - Umowa ramowa Współpracy z dnia 07.11.2022 r. (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 9) Załącznik nr 4 – Certyfikat_QSE_MCPL;
- 10) Załącznik nr 5 – Kodeks praktyki i etyki biznesowej_pkt.3.7 (tajemnica przedsiębiorstwa);
- 11) Załącznik nr 6 - Regulamin_pracy_pkt.3.1 (tajemnica przedsiębiorstwa);

12) Załącznik nr 7 – Polityka poufności MCPL (tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący w formularzu ofertowym oświadczył w pkt. 9, że nie zastrzega tajemnicy przedsiębiorstwa w informacjach lub załącznikach do oferty, przez co należało uznać, że informacja w pkt. 7 oferty o zamiarze powierzenia podwykonawstwa w elementach branż: geodezja, geologia, geotechnika, melioracja, sanitarna nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący oświadczył również, że firmy podwykonawcze nie są znane na etapie podwykonawstwa.

Izba dokonała oceny dowodów dołączonych do wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny pod kątem wykazania okoliczności uzasadniających skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ustaliła, że:

- załącznik nr 1 do wyjaśnień zawiera wskazanie podwykonawców w dwóch ze wskazanych w pkt. 7 formularza ofertowego branżach, zaś dowody stanowiące załączniki od 2 do 3e dotyczą właśnie tych elementów podwykonawstwa.
- załącznik nr 2 zawiera wymóg zachowania poufności w zakresie warunków cenowych dedykowanych dla zamawiającego i tylko te warunki nie mogą być wedle tego załącznikami udostępniane osobom trzecim. Dokument nie przewiduje szczególnego sposobu dochodzenia roszczeń związanych z ujawnieniem informacji o warunkach cenowych.
- załącznik nr 3 zawiera opis sposobu wykonania części przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie określonego w załączniku nr 1 podwykonawstwa
- załącznik nr 3a nie zawiera uregulowań dotyczących poufności postanowień w nim zawartych odnoszących się do warunków współpracy gospodarczej pomiędzy podmiotami, których dokument dotyczy, natomiast dokument ten zawiera zobowiązanie kontrahenta odwołującego w pkt. 12.2 i 12.3 do zachowania w poufności wyników i raportów, które nie były ujawnienia w wyjaśnieniach, ani załączniku nr 1,
- załącznik nr 3b nie zawiera uregulowań dotyczących poufności postanowień w nim zawartych odnoszących się do warunków współpracy gospodarczej pomiędzy podmiotami, których dokument dotyczy
- załącznik nr 3c zawiera karę umowną za niezachowanie zasad poufności, ale zastrzeżoną na rzecz odwołującego w przypadku niełojalnego zachowania kontrahenta, dokument ten przewiduje również w takiej sytuacji prawo odstąpienia,
- załącznik nr 3d nie zawiera postanowień dotyczących poufności tego dokumentu i informacji w nim zawartych
- załącznik nr 3e zawiera karę umowną za niezachowanie zasad poufności, ale zastrzeżoną na rzecz odwołującego w przypadku niełojalnego zachowania kontrahenta, dokument ten przewiduje również w takiej sytuacji prawo odstąpienia,
- załącznik nr 4 zawiera wskazanie wdrożonych metod zarządzania, która to informacja dostępna jest na stronie Multiconsult,
- załącznik nr 5 stanowi wyciąg z Kodeksu Praktyki i Etyki Biznesowej, który jest do pobrania ze strony Multiconsult,
- załącznik nr 6 stanowi wewnętrzny dokument firmy odwołującego określającego zobowiązania pracowników odwołującego w związku z koniecznością zachowania poufności informacji,
- załącznik nr 7 stanowi wewnętrzny dokument firmy odwołującego rodzaje informacji jakie uznawane są za poufne, sposobu postępowania z takimi informacjami i z pkt 5. ust. 3 tego dokumentu wynika przyjęcie zasady domniemania poufności otrzymywanych przez spółkę ofert, wymagających każdorazowo uzyskania potwierdzenia, w formie odrębnego oświadczenia oferenta, iż informacje zawarte w ofercie, w tym zaoferowane warunki handlowe, cenowe, organizacyjne, technologiczne nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i nie są objęte klauzulą poufności.

W dniu 30 marca 2023 r. zamawiający dokonał odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego, w następujący sposób:

„Zamawiający informuje, że nie uznaje skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentu „Wyjaśnienia RNC - Kolektor- Multiconsult (tajemnica przedsiębiorstwa)” wraz z poniższymi załącznikami:

- „załącznik nr 1 - SGR - kalkulacja cenowa (tajemnica przedsiębiorstwa)”,
- „załącznik nr 2 - oferta podwykonawcza (tajemnica przedsiębiorstwa)”,
- „załącznik nr 3 - wyjaśnienia w zakresie badań geologicznych (tajemnica przedsiębiorstwa)”,

biorstwa)”,

- „załącznik nr 3a - Umowa Nr ENV001022022 (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 3b - Umowa Nr ZZ34372022 (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 3c - Umowa Ramowa Współpracy z dnia 17.02.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 3d - Oferta z dnia 03.03.2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 3e - Umowa ramowa Współpracy z dnia 07.11.2022 r. (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 5 -Kodeks praktyki i etyki biznesowej_pkt.3.7 (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 6 - Regulamin_pracy_pkt.3.1 (tajemnica przedsiębiorstwa)",
- „załącznik nr 7 - Polityka poufności MCPL (tajemnica przedsiębiorstwa)" (dalej

wszystkie pliki łącznie jako: „Wyjaśnienie”).

„Wyjaśnienie” jest odpowiedzią Wykonawcy na Wezwanie Wykonawcy przez Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca złożył „Wyjaśnienie”, a w nim uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał analizy uzasadnienia objęcia ww. dokumentu przez Wykonawcę jako tajemnicą przedsiębiorstwa i stwierdził, że zastrzeżenie nie jest skuteczne.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa PZP”) „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)”.

Dla skutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych informacji Wykonawca ma obowiązek wykazać, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „u.z.n.k.”), zgodnie z którym: „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.”

Dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek wskazanych w ww. przepisie.

Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na Wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO”) wykazanie oznacza w istocie udowodnienie.

W wyroku o sygn. akt KIO 500/21 KIO orzekła, że „sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być

uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”

Podobnie KIO w wyroku z dnia 26 kwietnia 2021 r. sygn. akt KIO 902/21 wskazała, że „Obowiązek <<wykazania>>, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych to obowiązek leżący po stronie wykonawcy, który należy rozumieć w ten sposób, że podmiot zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wcześniejszego wezwania zamawiającego, udowodnić zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej tym przepisem ochrony. W takiej sytuacji prawem, a wręcz obowiązkiem po stronie zamawiającego, jest ujawnienie nieskutecznie utajnionych informacji.”.

Podobnie Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21 stwierdził, że obowiązek wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bliski jest pojęciu udowodnienia tego faktu. Ponadto sąd wskazał, że dopuszczalne jest zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko konkretnych informacji, które posiadają takie walory, a nie całych dokumentów. Każda z informacji, która ma zostać zastrzeżona powinna być wyszczególniona, opisana i to do niej powinny być przyporządkowane argumenty uzasadniające objęcie tej konkretnej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga cel działania Zamawiającego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa: Nie jest (...) rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne. (KIO 2758/21 z dnia 19 października 2021 r.).

Dla ułatwienia Wykonawcom Zamawiający w rozdziale XIII podrozdział 4 ust. 7 SWZ, wskazał na jakie pytania powinno odpowiadać uzasadnienie zastrzeżenia informacji, aby informacje mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie objęcia „Wyjaśnienia” w części tajemnicą przedsiębiorstwa przez Wykonawcę sprowadza się do przytoczenia ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz ogólnych twierdzeń, brak natomiast udowodnienia w jaki sposób zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą KIO Wykonawca ma obowiązek wykazać, że zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa informacja przedstawia konkretną wartość gospodarczą dla wykonawcy i właśnie z tego powodu, pozostaje poufna (KIO 2519/22, KIO 2533/22). Wykonawca powinien udowodnić (przedstawić dowody), że zastrzeżonym w „Wyjaśnieniu” informacjom (nawet traktowanym jako zbiór) przysługuje walor tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający podkreśla, że treść „Wyjaśnienia” nie zawiera dowodów faktycznie potwierdzających status tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa takie informacje, jak: wskazanie, że Wykonawca oszacował cenę oferty na podstawie m.in. „ekspertów z poszczególnych dziedzin”, dokonane przez Wykonawcę „obliczenia” i „szacunki” oraz oferty firm zewnętrznych, z którymi Wykonawca, jak sam informuje, współpracował wcześniej. Uzasadnienie objęcia tych informacji poufnością sprowadza się do stwierdzeń: „Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Wykonawcy istotną wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają knowhow dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, gdyż ujawniają elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Multiconsult Polska sp. z o.o. szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jest ogólnikowe i szablonowe. Wykonawca nie przytacza argumentów, które wykazałyby, jakie konkurencyjni wykonawcy uzyskaliby korzyści ani jakie on sam poniósłby straty wobec ujawnienia informacji na temat sposobu kalkulacji ceny. Z całą pewnością można stwierdzić natomiast, że kalkulacja ceny ma charakter jednorazowy, tj. została przygotowana na potrzeby niniejszego Postępowania, co potwierdza sam Wykonawca: „w części niejawnej Wykonawca przedstawił opracowania własne, które zostały przygotowane przez zespół pracowników Wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania”. Podobnie część ofert podwykonawców zawiera jedynie ceny zaproponowane dla realizacji części zamówienia w ramach Postępowania, a te mają charakter jednorazowy.

KIO wypowiedziała się w kwestii jednorazowego charakteru cen na potrzeby konkretnego postępowania i możliwości zdobycia przewagi przez konkurencję w kolejnych postępowaniach następująco: „za niewystarczające uznać należy takie uzasadnienie, które poza przywołaniem tez orzeczniczych ogranicza się do lakonicznych twierdzeń, że ujawnienie informacji konkurentom umożliwiłoby poznanie zasad określania przez wykonawcę cen świadczonych usług i spowodowałoby zachwianie pozycji konkurencyjnej wykonawcy (...). Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący skalku-

lował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zachwiania pozycji Przystępującego na ww. rynku. Oczywiście jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Niemniej przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa zawiera informacje o cenach, jakie Przystępujący chce zaoferować w tym jednym, konkretnym postępowaniu, wskazuje na jego strategię cenową, ale przyjętą na potrzeby tego konkretnego postępowania, uwzględniając jego specyfikę i charakter. Niewątpliwie strategia ta nie jest niezmienna, nie jest jednakowa dla każdego postępowania, lecz każdorazowo indywidualnie opracowywana.” (sygn. akt: KIO 1975/20).

Zatem kalkulacja ceny, mająca charakter jednorazowy jako taka nie może być zastrzeżona. Natomiast oferty podwykonawców, które są umowami o współpracy i mogłyby być wykorzystywane przez Wykonawcę w kalkulacjach na potrzeby tego Postępowania oraz ewentualnych innych, przyszłych postępowania, nie są tak traktowane przez samego Wykonawcę, który przyznaje, że „Z daleko posuniętej ostrożności w formularzu JEDZ wpisano, że również geologia i geotechnika zostaną wykonane przez podmioty zewnętrzne, jednakże wykonawca planuje te prace wykonać w większości samodzielnie. Podzlecenie firmie zewnętrznej będzie miało miejsce jedynie w przypadku nałożenia się kilku

zleceń z rozbudowanym zakresem geologicznym w jednym czasie lub w przypadku konieczności przeprowadzenia badań laboratoryjnych lub wierceń o znacznej głębokości. Na ten moment wykonawca nie przewiduje takiej sytuacji, dlatego wyjaśnienia oparte zostaną na obliczeniach zaangażowania zespołu własnego.” Umowy o współpracy z podwykonawcami zostały zatem załączone do Wyjaśnień jako przykładowe i niepowiązane z wyceną, nie mające zatem wpływu na sposób kalkulacji ceny, ponieważ, jak przyznaje sam Wykonawca zamierza realizować przedmiotowe zamówienie samodzielnie i w oparciu o swoje własne ceny skalkulował cenę w Postępowaniu.

Ponadto Zamawiający podkreśla, że informacja zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. informacja o możliwości skorzystania z usług podwykonawców, została już przez niego ujawniona w złożonej Ofercie.

Dodatkowo dane podwykonawców co do zasady są publicznie dostępne: firmy w celu pozyskania klientów ujawniają swoje dane kontaktowe i zakres działalności – również tak czynią podwykonawcy wskazani przez Wykonawcę. Nie można też wykluczyć, że wskazani podwykonawcy będą świadczyć usługi nie tylko dla Wykonawcy, ale i dla innych zainteresowanych przedsiębiorców, w tym konkurentów Wykonawcy i nie sposób im tej możliwości ograniczyć. Należy też zauważyć, że pozyskanie informacji kontaktowych do podwykonawców nie jest utrudnione.

KIO w wyroku z dnia 27 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1093/19 stwierdza, że za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania danej informacji za organizacyjną, czy handlową należy przypisać jej wartość gospodarczą. Każdą informację można przyporządkować

do określonej kategorii, jednakże ustawodawca w art. 11 ust. 4 UZNK wskazał, iż należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Tajemnica przedsiębiorcy winna być oceniana w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy. W innym przypadku, tajemnicą przedsiębiorcy byłoby wszystko, co arbitralnie on za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Ponadto, Wykonawca winien wykazać, że ujawnienie informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach spowoduje wymierną szkodę w przedsiębiorstwie (...) podkreślić należy, że ogólne stwierdzenia Wykonawcy o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na szkodę poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody jaką może przynieść ich ujawnienie jest w ocenie Izby niewystarczające.

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca nie wykazał również spełnienia przesłanki objęcia zastrzeżonych informacji należyłą ochroną. Na potwierdzenie tego faktu oświadczył jedynie o zobowiązaniu pracowników i współpracowników do poufności, wymienił hasłowo dokumenty i zabezpieczenia systemów i częściowo je załączył. Wskazane działania i przepisy w wewnętrznych dokumentach (Kodeks praktyki i etyki zawodowej, Regulamin Pracy i Polityka Poufności) są standardowymi procedurami i sformułowaniami, funkcjonującymi właściwie w każdym przedsiębiorstwie. Wykonawca jednak nie wykazał, że stosowne działania i procedury zostały podjęte i w jaki sposób na potrzeby zachowania informacji w tajemnicy w ramach tego konkretnego zamówienia. Przykładowo Wykonawca nie przedstawił również indywidualnego planu realizacji projektu, o którym pisze w Wyjaśnieniach i „w ramach którego nacisk kładzie się także na zapewnienie zachowania poufności danych i informacji”. Same wytyczne co do funkcjonowania systemów nie mogą upoważniać do twierdzenia, że te konkretne informacje są skutecznie chronione. Nie ma zatem podstawy do uznania, że informacje niejawnie są należycie chronione przez Wykonawcę. To w świetle aktualnego orzecznictwa (tak KIO w wyroku z dnia 5 lipca 2021 r. KIO 1684/21, KIO 1687/21, w wyroku z dnia 6 lipca 2021 r. KIO 1712/21 oraz w wyroku z dnia 8 lipca 2021 KIO 1602/21, KIO 1605/21), stanowi o braku udowodnienia przesłanki.

Powyższa ocena jest tym bardziej uzasadniona, że wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach, załączone umowy nie zawierają klauzul poufności obwarowanych obowiązkiem zapłaty kar umownych.

Klauzule zobowiązujące do zachowania poufności znajdują się jedynie w umowie z Terra-tech Sondowania statyczne CPTU Piotr Kamiński oraz umowie z BGIS Sp. z o.o. Przy czym klauzule te nie są zabezpieczone karami umownymi i mają charakter jednostronny tj. chronią jedynie informacje pochodzące od Multiconsult sp. z o.o., a nie dotyczą danych przekazywanych przez Wykonawcę Terratech Sondowania statyczne CPTU Piotr Kamiński i BGIS Sp. z

o.o., w tym oferowanych przez nich cen. Natomiast z załączonych ofert jedynie ofert Geodezja i Kartografia Małgorzata August zawiera krótką klauzulę poufności.

Podsumowując, w „Wyjaśnieniu” Wykonawca nie udowodnił, że zastrzeżone informacje nie zostały udostępnione do wiadomości publicznej, nie podał żadnych konkretnych powodów ani dowodów zastrzeżenia informacji podanych w Wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, czy też ewentualnych negatywnych skutków ani wielkości szkody, jakie mógłby ponieść na skutek ich ujawnienia. Wobec powyższego jak na wstępie Zamawiający uznaje, iż zastrzeżenie przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest skuteczne, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Zamawiający odtajnia wszystkie informacje zastrzeżone przez Wykonawcę w „Wyjaśnieniach” jako tajemnica przedsiębiorstwa.”

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek z art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 16 pkt. 1 - 3 ustawy przez:

- (i) nieuzasadnione uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec przekazanych informacji, stanowiące rezultat błędnej oceny przekazanego przez wykonawcę materiału dowodowego potwierdzającego skuteczność zastrzeżenia poufności informacji, (ii) prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, w sposób wpływający na wynik postępowania

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba podzieliła stanowisko zamawiającego co do ugruntowanej linii Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych i w tym miejscu Izba przytoczy stanowisko tego Sądu zapadłe w sprawach dotyczących oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wraz z dowodami przedstawianymi na poparcie tak prawidłowości obliczonej ceny jak i zasadności objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Treść tych wyroków Izba uznaje za wytyczną interpretacyjną sądu przełożonego i przyjmuje za własną:

- Sygn. akt XXIII Zs 36 /22 z dnia 5 maja 2022 r.

„W tym zakresie wskazać należy, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest jawność postępowania zaś organicznie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Zgodnie z art. 18. Ust.2 nPzp (a art. 8 ust. 2 Pzp2004) nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak zatem wynika z przywołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zaś rolą zamawiającego jest w toku badania ofert ustalenie, czy zamawiający temu obowiązkowi sprostał. 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.

W tym miejscu wskazać należy, że wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, zobowiązany jest do wskazania (tj. dokonania zastrzeżenia), które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te powinny być wyraźnie oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jednocześnie zobowiązany jest wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia, tj. wykazać, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK. Nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji.

Reasumując tę część rozważań wskazać należy, że aby skutecznie zastrzec informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki.

Po pierwsze, oznaczyć określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwzględnieniem trzech elementów: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

Po drugie, wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy. Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że wyjaśnienia nie zawierają informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawcy (...) nie udało się sprostować żadnej z przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Obowiązek „wykazania”, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rze-

czowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 UZNK. Obowiązek „wykazania” obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełnienia) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być – stosownie do możliwości i potrzeby – poparte dowodami. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie sprowadzające się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa czy przytoczenie orzecznictwa sądów w tym zakresie, ale również koniecznym jest przedstawienie w miarę możliwości stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Zasadnie tym samym Izba wskazała, że dla „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnymi tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. W niniejszym stanie faktycznym Przystępujący nie wykazał, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie jej upatruje a zatem Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa.

Załączone przez wykonawcę (...) wykazanie zawiera 8 punktów, z których w pierwszym jest informacja o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, w drugim jest przytoczona definicja tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK, w punkcie czwartym wskazano na poufność czynników cenotwórczych bez ich wymieniania a następnie w obszernym punkcie piątym przytoczono orzecznictwo KIO odnoszące się do tajemnicy przedsiębiorstwa. W punkcie ósmym wskazano na podjęte działania mające na celu zachowania poufności. Treść punktów: trzeciego, szóstego i siódmego de facto jest tożsama i wskazuje na know how wykonawcy, przy czym czyni to na znacznym poziomie ogólności. Zadaniem wykonawcy jest wykazanie jakie konkretnie informacje, w jaki sposób, w przypadku ich ujawnienia, mogą wpłynąć negatywnie na pozycję wykonawcy na rynku i powodować bliżej zdefiniowane i określone negatywne skutki tego w komentowanym piśmie brak.

Po trzecie, wykonawca (...) nie wykazał, że przedstawione obliczenia stanowią wartość gospodarczą. Stosownie do treści art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozu-

mie 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. Wymagane jest zatem łączne spełnienie trzech przesłanek informację uznać informację za poufną (niejawną) lub tajemnicę przedsiębiorstwa, mianowicie informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży i posiadać wartość gospodarczą oraz być poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.

Z powyższego wynika, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wartość gospodarczą 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 trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty 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. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Zasadnie Izba wskazała, że Przystępujący nie precyzuje w jaki konkretnie sposób takie informacje mogą być wykorzystane przez konkurentów. Samo stwierdzenie o uzyskaniu oszczędności to za mało. Podkreślić także należy, że przewidywane przez Przystępującego koszty pracy, koszty paliwa oraz koszty środków do likwidacji śli-skości zimowej zostały przygotowane na potrzeby niniejszego postępowania, sam wykonawca nie wykazał w jaki sposób mogłoby być wykorzystane przez konkurentów w innych postępowaniach. Podobnie poprawnie Izba wywiodła, że Przystępujący nie wykazał również, że ujawnienie wyjaśnień prowadziłoby do uzyskania nad danym przedsiębiorcą przewagi bez konieczności ponoszenia kosztów budowania tej przewagi. Trudno zatem uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczęli obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Co więcej, Przystępujący nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną

wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych. Należy także zgodzić się z twierdzeniem Izby, że za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku, z tym jednak zastrzeżeniem, iż po stronie wykonawcy zastrzegającego poszczególne informacje (a nie całe dokumenty) leży obowiązek łącznego wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK.

Ostatecznie w tym zakresie wskazać można, że Przeciwnikom Skargi (Odwołującym) udostępniono wyłącznie trzy strony wyjaśnień (...) z dnia 2 grudnia 2021 r., w których na stronie 1 znajdują się wyłącznie dane teleadresowe i nazwa postępowania, na drugiej zaś wstępne wyliczenia wykonawcy wraz z tabelką - i na stronie 3 w połowie znajduje się napis „początek tajemnicy przedsiębiorstwa” - po którym już nic nie ma. Do dokumentu tego Zamawiający dołączył załączniki, tj. umowa nr (...), aneks nr 1 do umowy nr (...), formularz oferty z zadania nr 3, formularz oferty z zadania nr 4 (aneks zawierający rejon 3) i formularz oferty dla zadania nr 4. Zamawiający nie udostępnił samego uzasadnienia utajnienia, które winno być jawne. Podkreślenia wymaga, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach UZNK a w konsekwencji samo uzasadnienie jest elementem jawnym bowiem ma służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Samo uzasadnienie powodów zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa i rolą wykonawcy jest takie jego sporządzenie, by takich tajemnic w tym uzasadnieniu nie ujawniać. Nadto podkreślenia wymaga, że zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa powinno się odbywać z zastosowaniem zasady minimalizacji, czyli zastrzegany powinien być jak najmniejszy możliwy wycinek tekstu: pojedyncze dane (np. dane liczbowe, nazwy kontrahentów), pojedyncze wersy lub ich fragmenty, pojedyncze zdania lub ich fragmenty, pojedyncze akapity lub ich fragmenty, pojedyncze strony lub ich fragmenty itd., a całe dokumenty jedynie w ostateczności, gdy nie ma innej możliwości, gdyż w zamówieniach publicznych w rzeczywistości jedynie wyjątkowo zdarza się, że całe dokumenty - od początku do końca - są ową informacją posiadającą cechy tajemnicy.

W konsekwencji zasadnie Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 Pzp2004, w związku z art. 11 ust. 2 UZNK przez zaniechanie ujawnienia uzasadnienia objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa oraz zaniechanie ujawnienia wyjaśnień (...) z dnia 2 grudnia 2021 r. w zakresie rażąco niskiej ceny. Równocześnie Izba uznała, że zastrzeżone załączniki do ww. wyjaśnień nie podlegają ujawnieniu. Informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp2004

ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Złożenie ogólnikowego, niekompletnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być podstawą do ograniczenia jawności przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznej informacji.

Na marginesie wskazać jedynie można na zasadnie uwypukloną przez przeciwnika skargi okoliczności, że to wykonawca (...) powinien ewentualnie skarżyć orzeczenie Izby w zakresie nakazania odtajnienia złożonych wyjaśnień, bo-wiem to on, a nie Zamawiający winien być najbardziej zainteresowany, aby „jego tajemnica nie została odtajniona”.

- Sygn. akt XXIII Zs 43/22 z dnia 30 maja 2022 r.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk 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, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przy czym, konieczność wystąpienia trzeciej przesłanki objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa potwierdził wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). W uzasadnieniu powołanego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił, że informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, dopiero kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Wykonawca zobowiązany jest zatem wykazać, iż zostały podjęte przez niego działania mające na celu zachowanie objętych przez niego tajemnicą przedsiębiorstwa informacji w tajemnicy, tj. iż objęte nią informacje nie były dostępne osobom trzecim w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. W szczególności, w celu wykazania, o którym stanowi art. 18 ust. 3 nPzp wykonawca winien opisać środki, jakie zastosował celem zagwarantowania tejże tajemnicy, a w miarę potrzeby przedstawić również dowody potwierdzające wdrożenie systemu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Samo opisanie powyższych środków rozumieć natomiast należy jako konieczność rzeczowego, a nie ogólnikowego ich powołania (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 czerwca 2019 r., XXIII Ga 148/19). Dodać też należy, iż oświadczenie takie może stanowić w danym stanie faktycznym środek dowodowy - o ile zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji (Komentarz PZP J.E. N., W. K. Polska 2019).

Istotność tej przesłanki potwierdza również uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2014.1232), gdzie stwierdzono, że zmiana przepisu art. 8 ust. 3 dPzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec czego, mając na uwadze całokształt okoliczności sprawy niewątpliwie w ocenie Sądu Okręgowego, twierdzenia i dowody złożone przez wykonawcę (...) S.A. były wystarczające do tego, by uznać, że zgłoszone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podlegającą ochronie prawnej.

Przechodząc do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę (...) S.A. należało podzielić rozważania Izby, iż wykonawca nie zdołał wykazać niezbędnych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. W pierwszej kolejności przystępujący nie zdołał wykazać, że zastrzeżone przez niego dane i informacje posiadały określoną wartość gospodarczą. Sąd Okręgowy podziela poglądy wyrażone w uzasadnieniu wyroku tut. Sądu wydanego w sprawie XXIII Zs 53/21, w tym dotyczące interpretacji pojęcia „wykazanie” oraz uznania, że objęta klauzulą poufności informacja powinna przedstawiać pewną wartość gospodarczą, którą trzeba skonkretyzować i omówić. Za wykazanie nie może być tym samym uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W niniejszym postępowaniu, w ocenie Sądu Okręgowego, samo przedstawienie przez wykonawcę (...) faktu, że dane informacje przedstawiają sposób wyceny przedmiotu zamówienia, podstaw dokonywania tej wyceny oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia oraz twierdzenie, że stanowi to swoiste know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, nie stanowiło o tym, że informacje te posiadają wartość gospodarczą. Powoływanie się na możliwość uzyskania przez inne podmioty informacji o ofertach, warunkach handlowych, na jakich skarżący pozyskuje dane produkty lub usługi, relacjach handlowych z innymi podmiotami ma charakter ogólny i lakoniczny, bowiem skarżący w istocie nie wykazał, aby producenci urządzeń oferowali mu rabaty lub upusty albo że dotarcie do takich kontrahentów jest utrudnione. Ponadto wskazywana przez wykonawcę wartość gospodarcza poszczególnych zastrzeganych informacji nie została omówiona. W szczególności skarżący nie oszacował własnych korzyści wynikających z zachowania tajemności informacji oraz ewentualnych strat lub zysków innych przedsiębiorców wynikających z ujawnienia danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wskazano też, aby poszczególne utajnione informacje miały charakter praw majątkowych o ustalonej wartości.

W orzecznictwie przyjmuje się, że „informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną

wartość ekonomiczną, to znaczy - ich wykorzystanie przez innego

przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające”- tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r. w sprawie o sygn. II PK 49/14. Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy zgodzić się należy z wyrokiem Izby, że skarżący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji przedstawionych w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżenia dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, choćby z tego względu, że w żadnym miejscu w treści oświadczenia skarżącego nie sposób znaleźć wskazania na to, jaką obiektywnie wartość ekonomiczną dla skarżącego mają informacje zawarte w dokumentach zawierających wyjaśnienie i oznaczenie niskiej ceny. Skarżący w swoich wyjaśnieniach odwołuje się do polityki cenowej, możliwości utraty pozycji rynkowej i know-how, niemniej, ani w wyjaśnieniach, ani także na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący nie przywołał choćby jednego konkretnego przypadku, w którym doszłoby do negatywnych skutków ujawnienia takich informacji dla skarżącego, które świadczyłyby o możliwości ich wystąpienia w przyszłości. Skarżący nie wykazał również istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą i nie uprawdopodobnił możliwości poniesienia takiej szkody. Wszelkie zatem dywagacje skarżącego w tej kwestii pozostają zatem gołosłowne. Nadto skarżący nie wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zdaniem Sądu tak profesjonalny i znaczący na rynku zamówień publicznych podmiot, jak wykonawca (...), z pewnością ma wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, ażeby przy składaniu wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa sformułować je w sensie metodologicznym w taki sposób, ażeby umieć skutecznie zastrzec tylko te informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne. Powinien także mieć środki, możliwości i wiedzę, aby zastrzeżenie tajemnicy skutecznie wykazać. Tymczasem, w niniejszej sprawie, skarżący w istocie nie wykazywał swoich twierdzeń, powołując się jedynie na ogólnikowe i lakoniczne hasła. Co do zasady Izba słusznie stwierdziła więc, że zastrzeżenie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie było skuteczne.

W ocenie Izby z analizy powyższych orzeczeń (których linia została podtrzymana choćby w wyrokach sygn. akt XXIII Zs 40/22 z dnia 12 maja 2022 r., XXIII Zs 69/22 z dnia 30 maja 2022 r. czy XXIII ZS 144/22 z dnia 19 grudnia 2022 r.) wywieść należy, że wola utrzymania informacji w poufności wyrażona przez wykonawcę oraz wydzielenie i oznaczenie informacji w taki sposób, aby możliwa była identyfikacja, które dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające dla uznania, że skutecznie zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczne jest także wskazanie rodzaju informacji chronione, wykazanie jej wartości gospodarczej oraz wykazanie, że dane nie zostały podane do publicznej wiadomości, a wy-

konawca podjął czynności w celu zachowania ich w poufności. W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, co przyznał również zamawiający na rozprawie, że odwołujący ujawnił wolę zachowania informacji w poufności w sposób jednoznaczny, a także wyodrębnił te informacje spośród pozostałych przekazywanych informacji w sposób pozwalający na niebudzące wątpliwości ustalenie, które informacje uważa za stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast Izba zgadza się z zamawiającym, co do tego, że odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że informacje przez niego zastrzeżone posiadają wartość gospodarczą. Odwołujący odwołał się jedynie do rzekomych kosztów związanych z pozyskaniem know-how, czy potencjalnie możliwej szkody, natomiast nie wykazał, że z powodu ujawnienia informacji, które zastrzegł mogą po jego stronie powstać nowe wydatki lub wzrosnąć koszty, które dotychczas ponosi w niższej wysokości. Co więcej w ocenie Izby odwołujący dokonał zastrzeżenia informacji w sposób nadmiarowy wbrew literalnemu oświadczeniu kontrahenta – załącznik nr 2 postrzegal jako informacje poufne wyłącznie warunki cenowe, a odwołujący zastrzegł również dane kontrahenta i zakres jego udziału w realizacji zamówienia. Z kolei w przypadku załącznika nr 3d nie wykazał, że zastosował procedurę wynikającą z pkt. 5.3 załącznika nr 7 i nie otrzymał informacji zwrotnej od wykonawcy lub nie upłynął jeszcze termin na otrzymanie takiej informacji, stąd nie można uznać, że dokument ten w sposób wiarygodny dowodzi konieczności zachowania go w poufności w całości, jak i w poszczególnych jego elementach. Z kolei załącznik 3a, 3b, 3c i 3e nie określają obowiązku odwołującego zachowania w poufności informacji pozyskanych od kontrahentów dotyczących tak warunków współpracy, jak i warunków cenowych oferowanych przez kontrahentów. Przeciwnie załącznik nr 3a przewiduje obowiązek zachowania poufności przez kontrahenta odwołującego, ale w zakresie danych, które nie były zamawiającemu przedstawiane w wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, zaś załączniki nr 3c i 3e przewidują kary umowne i prawo odstąpienia w sytuacji niezachowania poufności przez kontrahentów odwołującego, ale bez wzajemnego zobowiązania w tym zakresie dotyczącego odwołującego. Brak jest zatem podstaw do ustalenia, jakie dane i z jakiego powodu są dla odwołującego w tych dokumentach poufne odnośnie informacji przekazywanych mu przez kontrahentów i jakie będą dla odwołującego konsekwencje ujawnienia tych informacji. Załącznik nr 3b w ogóle nie zawiera postanowień dotyczących poufności, z którejkolwiek ze stron. W ocenie Izby, aby dana informacja mogła być uznana za skutecznie zastrzeżoną musi wiązać się z wykazaniem, co odwołującemu grozi za jej ujawnienie. Tym zagrożeniem może być utrata dotychczasowego kontrahenta powodująca, że niemożliwe będzie uzyskanie danego świadczenia na dotychczasowych warunkach, a pozyskanie nowego wiąże się z wydatkami na jego poszukiwanie, czy pozyskaniem mniej atrakcyjnych warunków świadczenia, np. dłużej, drożej, z krótszą gwarancją, większym ryzykiem niepowodzenia. Są to zagrożenia możliwe do estymacji i przedstawienia jako ryzyko utraty wartości gospodarczej informacji. Ujawnienie informacji może wiązać się z

utratą renomy, zaufania do firmy, dobrego imienia, do czego odwołujący w ogóle się nie odnosi. Sam fakt, że informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że te informacje same w sobie mają wartość gospodarczą. Gdyby tak było to ceny usług nie byłyby przez wykonawców prezentowane w cennikach, czy podawane w kosztorysach ofertowych. Przeciwnie, aby wykazać, że ceny oferowane przez kontrahenta konkretnemu wykonawcy mają wartość gospodarczą powinno się wykazać, że takie ceny jak wynikające z umowy, oferty, zapytania ofertowego, nie są dostępne na rynku, a przeciwnie są efektem zdolności negocjacyjnych czy zbudowanej pozycji rynkowej. Odwołujący takich okoliczności nie przedstawił, a zamawiający prawidłowo ocenił uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako

standardowe i szablony. Odnosząc się z kolei do wykazania zachowania poufności informacji, to w ocenie Izby odwołujący tę okoliczność wykazał, bowiem przedstawił, że dowody 6 i 7 świadczące o czynieniu przez niego starań, aby informacje były chronione tak przez pracowników jego firmy jak i kontrahentów. Natomiast odwołujący zastrzegł informacji zawarte w załącznikach nr 4 i 5, które są informacjami podanymi przez samego odwołującego do publicznej wiadomości, gdyż można je odnaleźć na stronie odwołującego. Tym samym w ocenie Izby zasadnym w tej części było stwierdzenie zamawiającego, że zastrzeżone informacje nie były informacjami mogącymi stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, które Izba rozważała w tym orzeczeniu należało uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko, że nie jest rolą zamawiającego ocena charakteru zastrzeganych przez wykonawców wyjaśnień, ale rolą zamawiającego jest zbadanie czy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że wykonawca prawidłowo zastrzegł swoje informacje. Przy czym ta ocena nie może się odbyć w oderwaniu od dowodów przedstawianych przez wykonawcę, co do zakresu informacji poufnej, konsekwencji niezachowania poufności informacji, w tym w wymiarze ekonomicznym, faktycznego zachowania poufności informacji. W tym celu zamawiający ma prawo i powinien krytycznie zestawiać podawane mu w uzasadnieniu informacje z treścią wynikającą z załączonych dowodów. W ocenie Izby tak właśnie postąpił zamawiający w badanej sprawie. Mając na uwadze fakt, że Izba oceniła, że wynik tej analizy zamawiającego był prawidłowy, odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę na podstawie spisu kosztów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: