

Sygn. akt: KIO/KU 34/22

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 28 grudnia 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 29 listopada 2022 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 listopada 2022 r., KU/117/22/DKZP

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

„Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na ode. E od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104 na odcinku od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652), wzdłuż linii kolejowej nr 96 Tarnów - Łeluchów na ode. od km ist 87+700 do km ist. 90+345 oraz na stacji Nowy Sącz”, realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Emil Kuriata

Rafał Malinowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 29 listopada 2022 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 listopada 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „Kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na ode. E od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104 na odcinku od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652), wzdłuż linii kolejowej nr 96 Tarnów - Łeluchów na ode. od km ist 87+700 do km ist. 90+345 oraz na stacji Nowy Sącz”, realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz”, prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie (zwane dalej „Zamawiającym”).

Postępowanie to było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 22 listopada 2022 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233), zwaną dalej ustawą „Znk”, poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów/informacji złożonych przez wykonawcę Budimex S.A.

Kontrolujący uzasadnił swoje stanowisko w następujący sposób.

Kontrolujący w toku kontroli ustalił że, wykonawca Budimex S.A. załączył do oferty wyjaśnienia, w których wskazał, iż nie zachodzą względem niego przesłanki wykluczenia, określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp. Wykonawca zastrzegł, iż obejmuje następujące dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: 1) Pismo „5_Wyjaśnienia Budimex TAJEMNICA.pdf” złożone wraz z ofertą oraz z niżej wymienionymi załącznikami zawartymi w pliku „5_BUDIMEX_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.zip” w zakresie stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa tj. :

1. List Referencyjny dla kontraktu „Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich -przebudowa Hali Sportowo-Widowskiej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a”;

2. Świadcstwo Przejęcia Robót i Protokół Odbioru Końcowego dla kontraktu pn. „Dokumentacja projektowa i roboty budowlano-instalacyjne w ramach Rozbudowy Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Ostrowie Wielkopolskim”;
3. List Referencyjny dla kontraktu „Dokumentacja projektowa i roboty budowlano instalacyjne w ramach Rozbudowy Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów” w Ostrowie Wielkopolskim;
4. Protokół Odbioru końcowego dla kontraktu Rozbudowa budynku głównego poprzez dobudowę trzykondygnacyjnego budynku na potrzeby Zakładu Brachyterapii, Onkologii Klinicznej, Torakochirurgii i Pulmonologii realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”;
5. Protokół odbioru końcowego inwestycji Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica;
6. Opinia Inwestora Zastępczego inwestycji Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica z dnia 24 września 2018 r.;
7. Decyzja nr 391/2018 z dnia 30 lipca 2018 r. ws. udzielenie pozwolenia na użytkowanie dla inwestycji Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego „Drewnica”;
8. Umowa szkoleniowa z dnia 10.02.2022 r.;
9. Polecenie Członka Zarządu – Dyrektora Pionu Prawno – Organizacyjnego Budimex S.A. nr 2/2022 z dnia 06.04.2022 r.;
10. Wytyczne do Zarządzenia nr 3 i 4;
11. Zarządzenie nr 3/2022 Prezesa Zarządu – Dyrektora Generalnego Budimex S.A.

z dnia 06.04.2022 r.;

12. Zarządzenie nr 4/2022 Prezesa Zarządu – Dyrektora Generalnego Budimex S.A.

z dnia 06.04.2022 r.

2) Dowody wskazane przez wykonawcę dot. przeprowadzenia przez wykonawcę procedury self-cleaningu, tj. Pismo „5_Self cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2.pdf” wraz z niżej wymienionymi załącznikami, zawartymi w pliku „5_BUDIMEX_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA 2.zip”:

1. kopie decyzji o wymierzeniu kar dot. Placów,
2. dowód uiszczenia kar dot. Placów,
3. pisma przekazujące odwołanie od decyzji organu I instancji o wymierzeniu kary,
4. raporty z wyników badań laboratoryjnych z dnia 8 lutego 2019 r. i 8 lipca 2019 r.,
5. fragment dokumentu Komisji Europejskiej Guidelines on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste,
6. przykładowy wniosek o zatwierdzenie materiałów zaakceptowany przez zamawiającego,
7. dokumenty potwierdzające przekazanie odpadów z Placów uprawnionemu podmiotowi,
8. załączniki do pisma Spółki z dnia 27 lutego 2020 r.,
9. pisma Spółki z dnia 26 listopada 2019 r. ,
10. zaświadczenie Działu Personalnego Spółki o rozwiązaniu stosunku pracy z Kierownikiem Zespołu Ochrony Środowiska,
11. oświadczenie Działu Personalnego Spółki dotyczące zatrudnienia radcy prawnego specjalizującego się w zakresie przepisów dotyczących ochrony środowiska,
12. wykaz obrazujący strukturę zatrudnienia specjalistów ds. ochrony środowiska w Spółce,
13. certyfikat potwierdzający wdrożenie i utrzymanie Systemu Zarządzania Środowiskowego zgodnego z normą ISO 14001:2015,
14. uchwała Zarządu dot. utworzenia Biura Audytu Wewnętrznego,
15. umowa o przeprowadzenie specjalistycznego szkolenia dotyczącego aspektów prawnych gospodarowania odpadami,

16. załączniki do tajemnicy przedsiębiorstwa: Deklaracja Stosowania Bezpieczeństwa Informacji, Polityka Bezpieczeństwa Informacji, Polityka Zintegrowanego Systemu Zarządzania, Certyfikat ISO/IEC 27001:2013, Certyfikat ISO/IEC 20000-1:2011.

17. decyzja nr UD.6132.32.2021.ŁZ,

18. odwołanie z dnia 22 lutego 2022 r. od decyzji nr UD.6132.32.2021.ŁZ,

19. pismo Wykonawcy z dnia 29 marca 2022 r. uzupełniające odwołanie od decyzji nr UD.6132.32.2021.ŁZ.

3) Wyjaśnienia wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 29.07.2022 r. pn.: „Pismo

przewodnie_BX_uzupełnienie pisma z wyjaśnieniami_15.07.2022_mmk.pdf” wraz z załącznikami zawartymi w pliku „Załączniki.pdf”.

Pismem z dnia 10.11.2022 r. Kontrolujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż wykonawca Budimex S.A. wykazał, iż zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności, poproszono o wyjaśnienie powyższego w odniesieniu do dokumentacji zawartej w folderze oznaczonym jako „Tajemnica Przedsiębiorstwa 2” w ofercie wykonawcy Budimex S.A.

Zamawiający w dniu 25.10.2022 r. przekazał Kontrolującemu następujące wyjaśnienia, „Zamawiający podkreśla, że Wykonawca BUDIMEX S.A. wykonał wszystkie formalne zalecenia

zawarte w Tomie I Specyfikacji Warunków Zamówienia, aby zastrzec część przekazanych wraz z ofertą dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

- Wykonawca w Formularzu ofertowym złożył oświadczenie o zastrzeżeniu przez niego części dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- Wykonawca wydzielił dokumenty stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa do oddzielnego folderu,
- Wykonawca opisał zastrzeżony folder nazwą „Tajemnica przedsiębiorstwa”
- Wykonawca zastrzegł dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez zaznaczenie opcji „tajemnica przedsiębiorstwa” w polu typ dokumentu na etapie załączania dokumentu do Formularza złożenia oferty na Platformie Zakupowej,
- Wykonawca załączył uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W załączonym do oferty uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wykazał, że:

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

Zamawiający, po wnikliwej analizie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i treści dokumentów zawartych w przekazanym folderze oznaczonym „Tajemnica przedsiębiorstwa 2”, zgodził się w Wykonawcę, że zastrzeżone dokumenty w całości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a uzasadnienie zastrzeżenia zawarte na stronach 14-16 pliku oznaczonego [5_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2.pdf] w pełni oddaje przyczyny zasadności podtrzymania takiego zastrzeżenia.”

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący podniósł, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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), zwanej dalej „ustawą Znk”, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

(por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). W świetle art. 11 ust. 2 ustawy ZnK, 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkracając w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wołałby nie upubliczniać, jednak powyższe

nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczystczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”.

W konsekwencji Kontrolujący stwierdził, że wykonawca Budimex S.A. nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawca zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zaniechał wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Ponadto w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano, jakie środki zostały przez wykonawcę podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów. W szczególności nie wskazano, jakie grono osób spośród pracowników/współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji/dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz, w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.

W świetle powyższego, Kontrolujący ocenił, że wykonawca nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Kontrolujący podkreślił, że wartość gospodarcza

zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z ww. obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią.

Jedynie na marginesie Kontrolujący wskazał, że wykonawca Budimex S.A. w przeprowadzonych przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie postępowaniach pn.:

- 1) „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe” bez węzła – węzeł „Tomaszów Lubelski Północ” bez węzła; dł. ok. 18,498 km”;
- 2) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem - węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem; dł. ok. 12,430 km”,

zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa analogiczny, jak w niniejszym postępowaniu zakres dokumentów i informacji. Zamawiający zawiadomił wykonawcę, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokumentów i informacji przekazanych w niniejszych postępowaniach i postanowił odtajnić dokumenty wyżej wymienione wraz z załącznikami oraz dowodami wskazanymi w pismach wykonawcy.

Mając na uwadze fakt, iż wszystkie ww. dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę Budimex S.A. zostały już odtajnione we wcześniejszych postępowaniach, Kontrolujący uznał, iż są to informacje jawne, którym nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, Kontrolujący stwierdził, że zamawiający poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Budimex S.A. dokumentów/informacji jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia

informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym, naruszył treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kontrolujący uznał, że wykazane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

II.

Pismem z dnia 29 listopada 2022 r. Zamawiający, na podstawie art. 617 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z wnioskami Kontrolującego, stojąc na stanowisku, że wnioski te są nieprawidłowe, a jedyną prawidłową decyzją jaką mógł podjąć Zamawiający na gruncie ustalonego stanu faktycznego, posiadanej wiedzy i przedłożonych mu dokumentów, było uznanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

W zakresie przesłanki posiadania wartości gospodarczej przez zastrzeżone informacje Zamawiający, względem informacji zastrzeżonych na podstawie uzasadnienia z pliku: „5b_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż „(...) Odnosząc się do spełnienia pierwszej przesłanki dot. zastrzeżenia informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą Budimex w swoim uzasadnieniu wskazał, że: „Informacje te dotyczą nieodtajnionych dotychczas szczegółów zawartych uгод/porozumień lub znajdują się w aktach spraw sądowych, i jako takie posiadają dla Wykonawcy wysoką wartość gospodarczą i mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. [...] Opisy szczegółów dotyczących każdej ze spraw stanowią wewnętrzne dokumenty Wykonawcy dotyczące innych uгод zawartych z innymi zamawiającymi i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tak Wykonawcy, jak i inwestora, i nie mogą być przekazane osobom trzecim, nie będącym stronami wymienionych postępowañ lub zawartych uгод/porozumień. Informacje te stanowią wynik strategii i koncepcji przyjętych indywidualnie przez Wykonawcę, a zarówno w całości, jak i w ramach fragmentów wskazują na sposób realizacji zamówienia i czynności podejmowane również później, co świadczy o charakterze organizacyjnym i wartości gospodarczej wskazanych dokumentów. Informacje te stanowią istotne know-how Wykonawcy, budowane przez wiele komórek w organizacji w ramach wieloletniej działalności na rynku polskim.

Jednocześnie przedmiotowe informacje zostały zgromadzone w jeden zbiór na mocy Zarządzenia Prezesa Spółki w sprawie stworzenia tzn. „Centralnego Rejestru Zdarzeń”. Wykonawca upatruje wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych w Rejestrze Zdarzeń, a

ujawnionych w Wyjaśnieniach, nie tylko w odniesieniu do danych dotyczących pojedynczych przypadków, ale w odniesieniu do całego wykazu, tworzącego swego rodzaju szczególne zestawienie informacji o kontraktach realizowanych przez Spółkę. Wartość gospodarczą dla Wykonawcy posiada bowiem także umieszczenie informacji o problematycznych przypadkach realizacji zawartej w formie jednego dokumentu, którego przygotowanie było wynikiem długotrwałych i pracochłonnych analiz dokonanych według wytycznych procedury wynikającej z Zarządzeń Spółki. Z punktu widzenia Wykonawcy niezwykle ważne jest, że przedstawiony komplet informacji ma wymierną wartość gospodarczą, bo wskazuje na konkretne informacje mające walor ekonomiczny, związane ze statusem Spółki, metodologią działań w ramach relacji inwestorskich i dla Wykonawcy stanowi konkretną chronioną wartość. [...]”

W uzupełnieniu stanowiska KIO, Wykonawca podkreśla, że wskazane w ramach zastrzeganych elementów pisma i dowodów informacje dotyczące szczegółów rozwiązań organizacyjnych wdrożonych w ramach spółki, szczegółów postępowañ sądowych czy zawartych uгод umożliwiałyby wykonawcom konkurencyjnym ustalenie sposobu organizacji Wykonawcy, czy metod realizacji poszczególnych zadań. Poznanie kompletu takich informacji bez żadnych wątpliwości wpływa na konkurencyjność takiego wykonawcy na rynku.

Wiedza o ww. zagadnieniach (szczególnie w kontekście przyjmowanych przez Wykonawcę metodologii i rozwiązań) powzięta przez konkurentów Wykonawcy może mieć negatywny wpływ właśnie na jego ww. pozycję rynkową, znacznie ją osłabiając, i uniemożliwić Wykonawcy udział w procedurach publicznych i niepublicznych i tym samym zdobywanie kontraktów. Dla większości firm w branży, w tym dla Wykonawcy, informacje objęte zastrzeżeniem posiadają więc nie tylko charakter organizacyjny i określoną wartość gospodarczą, ale również stanowią z powyżej opisanych powodów jeden z najcenniejszych składników know-how.”

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający wskazał, iż „Jak wskazuje w swoim uzasadnieniu wykonawca, informacje zastrzeżone dotyczą spraw sądowych prowadzonych przez spółkę, a także szczegóły dotyczące zawartych uгод oraz

porozumień. Budimex wskazał też, że informacje zastrzeżone obejmują sposób realizacji zawartych przez niego kontraktów co powinno być traktowane jako know-how wykonawcy. Ponadto wykonawca uzasadniał zastrzeżenie tym, że w przypadku udostępniania zastrzeżonych informacji może utrudnić mu zdobywanie kolejnych kontraktów i osłabić jego pozycję rynkową. Wykonawca wyszczególnił dodatkowo w uzasadnieniu część dotyczącą zastrzeżonych załączników do wdrożonej procedury self – cleaningu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp wskazując przy tym, że:

„Opracowane przez Wykonawcę procedury oraz mechanizmy i funkcje, opisane w zastrzeżonych dokumentach, mają charakter unikalny, właściwy jedynie Wykonawcy. Szczególnie godnym odnotowania przykładem jest tu opis trybu prowadzenia Centralnego Rejestru Zdarzeń, a także zarządzenia określające zasady jego stosowania. Stosownie do posiadanych przez Wykonawcę wiadomości, jest to jedyny tego rodzaju rejestr na rynku. Sam fakt wdrożenia, idei oraz trybu prowadzenia takiego rejestru stanowią samo w sobie unikalne know how, którego pozyskanie przez konkurencję mogłoby zniwelować przewagę Wykonawcy na rynku zamówień publicznych, wynikającą z samego tylko faktu stosowania takiego rejestru i wykorzystywania go w celu uniemożliwienia przekazania zamawiającym informacji wprowadzających w błąd.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż powyższe know how zostało opracowane w konsekwencji stwierdzenia w stosunku do Wykonawcy podstawy do wykluczenia, o której mowa w par. 109 ust. 1 pkt. 10. Autorskie rozwiązania opisane w dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa pozwalają Wykonawcy uniknąć wykluczenia z przyszłych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei skuteczne stosowanie analogicznych rozwiązań przez konkurencję (w przypadku ich udostępnienia) zniwelowałoby przewagę Wykonawcy wynikającą z wypracowanego organizacyjnego know how.

Zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, tj. stanowią opis procedur wewnętrznych Wykonawcy, określających tryb przygotowywania ofert oraz wewnętrznej weryfikacji kwestii kluczowych z punktu widzenia statusu Wykonawcy w dowolnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Procedury te realizowane są w określonym celu gospodarczym, kluczowym z punktu widzenia całokształtu działalności Wykonawcy.

Zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa umowa o przeprowadzenie szkolenia podlega z kolei zastrzeżeniu jako element wyżej opisanego zbioru środków organizacyjnych podjętych dla realizacji celu gospodarczego kluczowego dla działalności spółki. Niezależnie od powyższego, zawiera informację o kontrahentach Spółki i wynegocjowanych z tymi kontrahentami warunkach współpracy, a zatem informację o kapitale relacji zewnętrznych, którego pozyskanie przez konkurencję mogłoby zniwelować przewagę konkurencyjną Spółki.”

W tym miejscu Zamawiający podkreśla, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dot. toczących się postępowań sądowych jako posiadających wartość gospodarczą jest możliwe ze względu na wpływ tych informacji na wiarygodność wykonawcy, jego zdolności negocjacyjnych czy kredytowych co może z kolei rzutować na zawierane w przyszłości umowy (tak wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31.01.2014r. sygn. akt I OSK 2167/13).

Wartość gospodarcza można przypisać również know-how wykonawcy w zakresie realizacji przez niego kontraktów, które zawarte jest zarówno w samych wyjaśnieniach jak i załącznikach do nich zawartych. Załączniki w postaci protokołów odbioru, świadectw przejęcia oraz decyzji administracyjnych zawierają bowiem szczegółowe informacje techniczne dot. realizowanych inwestycji. Tożsamo list referencyjny Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. w Ostrowie Wielkopolskim zawiera szczegółowe informacje co do parametrów wykonanych obiektów.

Powyższe wnioski, wydaje się potwierdzać pogląd doktryny dot. informacji o wartości gospodarczej przyjęty przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 stycznia 2021 r. VI SA/Wa 1347/20:

Przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy przy tym interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza definicji legalnej w ZNKU. Komentarz, red. J. Szwaja, Warszawa 2016).

Tożsamy pogląd należy przyjąć względem dokumentów wewnętrznych spółki stanowiących załączniki do procedury samooczyszczenia, które Budimex również zastrzegł. Dokumenty te zawierają sposób działania wykonawcy, przyjętych i opracowanych przez niego procedur i mogą być rozumiane jako jego know-how, a jak wskazuje w uzasadnieniu wykonawca jego udostępnienie pogorszyłoby sytuację spółki na rynku gdyż stanowią generalne zasady i kluczowe procedury działania spółki przy przygotowaniu oferty co w konsekwencji również stanowi o ich wartości gospodarczej.

Odnosząc się z kolei do wymienionej w załącznikach do procedury self-cleaning umowy o szkolenie z ustawy Pzp należy uznać, że wykonawca również względem tego dokumentu wykazał, że stanowi ona informację posiadającą wartość gospodarczą gdyż wskazał, że dotyczy ona zasad jego współpracy z kontrahentem. Ujawnienie w jakim zakresie, na jakich warunkach i z kim prowadzone było szkolenie może doprowadzić do zniwelowania przewagi wykonawcy w zakresie jego działalności na rynku względem konkurencji.

Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zastrzeżonych na podstawie uzasadnienia z pliku: „5_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2”.

Wykonawca Budimex zawarł osobne uzasadnienie zastrzeżenia informacji z pkt I oraz pkt II pisma zawartego w plikach zatytułowanych „Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c” oraz załączników nr 1-4, 6-15 oraz 17-19 do tego pisma.

Zgodnie z uzasadnieniem Budimex w tym zakresie:

„W pkt I.1 i pkt I.2 pisma oraz załącznikach wymienionych w tej części pisma (w tym w treści uzasadnienia decyzji wymierzających kary za gospodarowanie odpadami) zostały wskazane konkretne działania Spółki związane z organizacją zaplecza budowy oraz zasady i sposoby badania, a następnie kwalifikacji określonych materiałów w toku wykonywanych prac. Są to zatem niewątpliwie informacje o charakterze organizacyjnym, które mają określoną wartość gospodarczą i stanowią wypracowane know-how Wykonawcy w kontekście zarządzenia przedsiębiorstwem. Nadto, powyższe okoliczności w najbliższej przyszłości staną się zapewne przedmiotem badania przez sąd administracyjny (w przypadku złożenia planowanych skarg). Ocena tych okoliczności może mieć zatem istotny wpływ na finalną treść rozstrzygnięcia sądowego, na którego szybkim uzyskaniu zależy Spółce - biorąc pod uwagę doktrynalny charakter sporu będącego podstawą wymierzenia kar, a tym samym potencjalne skutki wyroku, które mogą wykraczać poza okoliczności danej sprawy. Ewentualne przedwczesne ujawnienie wskazanych wyżej informacji może zaś prowadzić do próby zakłócania tego postępowania przez podmioty trzecie.

Dodatkowo Należy także zaznaczyć, że decyzje wymierzające kary, o których mowa w pkt I.1 zostały przesłane przez organ II instancji do bardzo ograniczonego kręgu adresatów [...] Dodatkowo, w przypadku decyzji, o której mowa w pkt I.3 i pkt I.4, nadal toczy się postępowanie administracyjne, które nie jest jawne dla osób postronnych. Ewentualne przedwczesne ujawnianie treści tej decyzji podmiotom trzecim w sytuacji, gdy organ II instancji nie wypowiedział się jeszcze w żaden sposób co do odwołania wniesionego przez Spółkę mogłoby zakłócić sprawny przebieg postępowania przed tym organem np. na skutek kierowania do niego przez podmioty różnych pism i zapytań niezwiązanych merytorycznie z przedmiotem sprawy. [...]

W pkt. II.1. pisma (i załącznikach wskazanych w tym punkcie) zostały zaś przedstawione czynności, jakie Spółka podjęła celem wykonania decyzji wymierzających kary związane z nieprawidłowym gospodarowaniem odpadami oraz celem usunięcia skutków stwierdzonych przez organy naruszeń. Podjęte przez Spółkę czynności nie wynikały wprost z treści decyzji, a Spółka samodzielnie zdecydowała o wykonaniu czynności, które miały na celu usunięcie skutków stwierdzonych nieprawidłowości. Jednocześnie, informacje wynikające z pkt. II.1. odnoszą się do strategii biznesowej przyjętej przez Spółkę przy realizacji podobnych zamówień.

[...] Z pkt. II.3 pisma zostały natomiast opisane czynności podjęte przez Spółkę celem wyeliminowania sytuacji stanowiących podstawę do nałożenia kar za nieprawidłowe gospodarowanie odpadami. Spółka bowiem podjęła szereg działań o charakterze wewnętrznym mających na celu przeorganizowanie pracy Spółki w zakresie odnoszącym się do wymagań odnoszących się do ochrony środowiska, w tym także wynikających z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. W pkt. II.3. pisma Wykonawca opisał także czynności kontrolne jakie zostały wprowadzone, które mają zapobiec ryzyku naruszenia jakichkolwiek obowiązków Spółki odnoszących się do ochrony środowiska a wynikających z obowiązujących przepisów prawa. [...]

Zatem informacje wynikające z pkt. I i pkt. II oraz wskazane wyżej załączniki mają charakter informacji organizacyjnych oraz posiadają istotną wartość gospodarczą bowiem pokazują wewnętrzne zasady działania Spółki, które zostały opracowane w wyniku szeregu analiz, audytów oraz zmiany w strukturach organizacyjnych Spółki. Tym samym zastrzeżone informacje stanowią know-how Spółki w kontekście zarządzenia obowiązkami, które ciążyą na Spółce na mocy przepisów dotyczących ochrony środowiska.”

Informacje zawarte w pkt I pisma wykonawcy dot. Self-cleaning zawierają szczegóły dotyczące działań wykonawcy w obrębie realizacji jego kontraktów, jak wskazał Budimex w uzasadnieniu zastrzeżenia, są to informacje związane z organizacją zaplecza budowy oraz zasady i sposoby badania, a następnie kwalifikacji określonych materiałów w toku wykonywanych prac. Analogicznie do zastrzeżeń badanych w przypadku poprzedniego pisma „5_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2”, informacje dotyczące działalności wykonawcy i realizacji innych kontraktów mogą stanowić jego know-how, które posiada wartość gospodarczą.

Analizując z kolei zastrzeżony pkt II pisma dot. Self-cleaning należy wskazać, że zawiera on informacje odnośnie wdrożonych przez Budimex środków naprawczych w zakresie gospodarowania odpadami obecnie działających rozwiązań dot. zasad pracy i postępowania w zakresie przepisów ochrony środowiska. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarł, że rozwiązania te nie są powszechnie stosowane a ich udostępnienie rodzi ryzyko pogorszenia sytuacji wykonawcy przez ich powielenie przez konkurentów. W ocenie Zamawiającego Budimex wykazał w ten sposób, że informacje z pkt II pisma stanowią informacje organizacyjne, które mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do załączników nr 1-4, 6-15 oraz 17-19 omawianego pisma, które również zostały przez wykonawcę zastrzeżone, w uzasadnieniu zawarto, że:

Załączniki, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią wewnętrzne dokumenty Spółki, z których wynikają dokładne procedury i działania (w tym działania kadrowe) podjęte celem uniknięcia ryzyka naruszenia przepisów z zakresu ochrony środowiska. Nadto z załączników wynikają jakie działania reorganizacyjne i czynności weryfikacyjne zostały podjęte przez Spółkę celem eliminacji ryzyka związanego z naruszeniem obowiązków odnoszących się do ochrony środowiska.

Ponadto w treści uzasadnienia odnoszącej się do poszczególnych punktów pisma dot. Self-cleaning Budimex wskazywał, że uzasadnienie odnosi się również do powołanych w tym zakresie załączników.

Podsumowując powyższą analizę, w ocenie Zamawiającego (wbrew twierdzeniom zawartym w Wynikach Kontroli), Budimex wykazał spełnienie pierwszej przesłanki, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.p.n.k.,

przesłanki wartości gospodarczej) względem wszystkich zastrzeżonych informacji opisanych w pierwszym uzasadnieniu tj. pliku „5b_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Wykonawca szczegółowo omówił w czym dopatruje się wartości gospodarczej, zastrzeganych informacji odnosząc się przy tym do poszczególnych dokumentów a nawet fragmentów tych dokumentów.

Budimex wskazał również w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej i jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuacji rynkowej:

„[...] umożliwiłaby wykonawcom konkurencyjnym ustalenie sposobu organizacji Wykonawcy, czy metod realizacji poszczególnych zadań. Poznanie kompletu takich informacji bez żadnych wątpliwości wpływa na konkurencyjność takiego wykonawcy na rynku.

[...] Sam fakt wdrożenia, idei oraz trybu prowadzenia takiego rejestru stanowią samo w sobie unikalne know how, którego pozyskanie przez konkurencję mogłoby zniwelować przewagę Wykonawcy na rynku zamówień publicznych, wynikającą z samego tylko faktu stosowania takiego rejestru i wykorzystywania go w celu uniemożliwienia przekazania zamawiającym informacji wprowadzających w błąd.

[...] Ewentualne przedwczesne ujawnienie wskazanych wyżej informacji może zaś prowadzić do próby zakłócania tego postępowania przez podmioty trzecie.

[...] Ewentualne przedwczesne ujawnianie treści tej decyzji podmiotom trzecim w sytuacji, gdy organ II instancji nie wypowiedział się jeszcze w żaden sposób co do odwołania wniesionego przez Spółkę mogłoby zakłócić sprawny przebieg postępowania przed tym organem np. na

skutek kierowania do niego przez podmioty różnych pism i zapytań niezwiązanych merytorycznie z przedmiotem sprawy.”

Kontrolujący stwierdził, że Budimex nie wykazał w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej – w ocenie Zamawiającego przedstawienie opisanych wyżej okoliczności może stanowić wykazanie przesłanki wartości gospodarczej. Należy zauważyć, że w celu wykazania danej okoliczności lub przesłanki nie zawsze trzeba ją udowodnić (na co wskazuje orzecznictwo zaprezentowane w części pisma, dotyczącej analizy prawnej, powyżej).

Zamawiający stoi na stanowisku, że trudno oczekiwać, by wykonawca wykazał opisane wyżej okoliczności inaczej niż poprzez ich opisanie. Ponadto zgodnie z treścią przepisu wykonawca jest zobowiązany do wykazania spełnienia danej przesłanki (w tym wypadku przesłanki posiadania wartości gospodarczej), a nie jak chciałby tego Kontrolujący do wykazania okoliczności podnoszonych w piśmie i zacytowanych powyżej.

Następnie w zastrzeżeniach wskazano, iż „(...) Kolejną przesłanką warunkującą skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest, by zastrzeżone informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie były powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie były łatwo dostępne dla takich osób. Zamawiający wskazuje, że wykazanie, ale również zweryfikowanie czy przedmiotowa przesłanka została spełniona, jest wyjątkowo utrudnione i w orzecznictwie przyjmuje się, iż w tym zakresie wystarczające jest oświadczenie złożone przez wykonawcę (patrz: wyrok z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1149/20; KIO 1145/20; KIO 1129/20).

Na gruncie złożonych wyjaśnień wykonawca takie oświadczenie złożył:

- a) w piśmie: „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zastrzeżonych jako Tajemnica przedsiębiorstwa” składanych wraz z pismem z wyjaśnieniami Wykonawcy” – Budimex jednoznacznie oświadczył, że: Wykonawca ponownie wskazuje, że iż zastrzeżone informacje w przedstawionej w nich formie nigdy w sposób publiczny nie były udostępnione przez Budimex (w szczególności nie były opublikowane np. na stronach internetowych, a także nie ustanowiono dla nich publicznego dostępu).
- b) natomiast w piśmie: „Wyjaśnienia Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 3 i art. 110 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych” zawarte w pliku „5_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2” – Budimex wskazał, że: [...] informacje te nie były ujawniane do publicznej wiadomości.

Biorąc pod uwagę opisane wyżej oświadczenia złożone przez Budimex, Zamawiający był zobligowany do uznania, że omówiona wyżej przesłanka zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została spełniona.

Zamawiający wskazuje, że nie miał wiedzy, iż zastrzegane dokumenty zostały ujawnione w innych postępowaniach przez innego Zamawiającego. Nawet jeśli dokumenty te zostały ujawnione dokładnie w takim samym zakresie, co uznane za skutecznie zastrzeżone przez Zamawiającego, to należy podkreślić, że Zamawiający jest zobligowany do oceny skuteczności zastrzeżenia w danych postępowaniu i na gruncie przedmiotowego postępowania Budimex wykazał spełnienie tej przesłanki.

Żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie nakłada na Zamawiającego obowiązku, stałego monitorowania wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i weryfikacji zastrzeganych tam jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów. Zamawiający nie miał wiedzy, o czynnościach dokonanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie i sam fakt, że GDDKiA w Lublinie inaczej oceniła zastrzegane

przez Budimex dokumenty, nie uprawnia do wniosku, że to Zamawiający dokonał błędnych czynności w postępowaniu.”.

W toku dalszej argumentacji podniesiono, iż „(...) Ostatnią przesłanką pozostaje podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Wykonawca w uzasadnieniu zawartym w pliku: „5b_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” wskazał, że w zakresie spełnienia powyższej przesłanki:

Wykonawca podejmuje szereg działań mających na celu zapewnienie zarówno fizycznej, jak i prawnej ochrony danych zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które ze względu na swoją wartość gospodarczą, dostępne są jedynie dla ograniczonego kręgu osób - pracowników Wykonawcy, obejmujących wyłącznie osoby bezpośrednio zaangażowane w przygotowanie wewnętrznych zarządzeń w ramach spółki czy zawieranie umów dotyczących szkoleń, czy prowadzenie danego sporu sądowego (radcowie Działu prawnego spółki objęci są dodatkowo tajemnicą radcowską) bądź ewentualnie odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty i wszelkich pism składanych w ramach konkretnego postępowania - Zespół ds. przygotowania ofert w Budimex S.A. Zbliżone oświadczenie, Budimex złożył w treści uzasadnienia znajdującego się w pliku: „5_Self-cleaning dotyczący przesłanki

z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c final_TAJEMNICA 2”: Co więcej, w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji Wykonawca podejmuje szereg dodatkowych działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych, do których należy między innymi:

1. wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji w tym: wprowadzenie stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze. Procedury wdrożone przez Wykonawcę, dotyczące bezpieczeństwa informacji, co w szczegółowy sposób zostało opisane w przyjętej u Wykonawcy Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji, Polityce Bezpieczeństwa Informacji oraz Polityce Zintegrowanego Systemu Zarządzania (Załącznik nr 16);
2. posiadanie przez Wykonawcę Certyfikatów ISO/IEC 27001:2013, ISO/IEC 20000:2011 (Załącznik nr 16).

Poza fizycznymi środkami ochrony (w stosunku do których Wykonawca musiał ponieść określone, niemałe koszty) Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji, stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury czy klauzule do umów o pracę. Dość wspomnieć, że wszyscy pracownicy, którzy posiadają dostęp do zastrzeganych informacji podlegają postanowieniom. Regulaminu pracy Budimex S.A., który zawiera postanowienia dot. ochrony tajemnicy służbowej. Dodatkowo Budimex, w obu pismach, opisał instrumenty prawne i fizyczne jakie podejmuje w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji wymieniając przy tym wdrożenie wewnętrznych procedur ochrony informacji oraz posiadanie odpowiednich certyfikatów ISO, które poparł dowodami w postaci:

- a) Deklaracji Stosowania Bezpieczeństwa Informacji,
- b) Polityki Bezpieczeństwa Informacji,
- c) Polityki Zintegrowanego Systemu Zarządzania,
- d) Certyfikatu ISO/IEC 27001:2013,
- e) Certyfikatu ISO/IEC 20000-1:2018.

W ocenie Zamawiającego, Budimex wykazał więc spełnienie trzeciej z przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. względem zastrzeżonych dokumentów. Opisał bowiem podjęte środki i przedstawił dowody potwierdzające ich podjęcie.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że argumentacja Kontrolującego w zakresie w jakim odnosi się do nie wykazania środków podjętych przez wykonawcę w celu ochrony zastrzeżonych informacji jest błędna i nie znajduje oparcia na gruncie przedłożonych przez Budimex dokumentów.

W celu poparcia swojej argumentacji, Kontrolujący stwierdził przy tym, że Budimex nie wskazał, jakie grono osób spośród pracowników/współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji/dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, oraz w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.

W tym miejscu należy stwierdzić, że konieczność wykazania okoliczności z poprzedniego akapitu nie wynika z treści obowiązujących przepisów i nie warunkuje skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa to informacje które: [...] 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 – wykonawca może wykazać spełnienie tych przesłanek za pomocą innych (opisanych

w treści niniejszego pisma) środków i oświadczeń, a nie tylko poprzez wyjaśnienie kwestii wskazanych w poprzednim akapicie.

Tym niemniej wykonawca wskazał, że grono osób, które miały dostęp do zastrzeżonych informacji, jest ograniczone jedynie do osób, które zostały zapoznane z zasadami dotyczącymi ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując w treści przedłożonych uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa m.in., że:

- Treść zatem dokumentów jest znana pracownikom Spółki będących osobami, które są zobowiązane do przestrzegania zasad z nich wynikających.
- Wykonawca ograniczył dostęp do informacji mających przymiot informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie do niezbędnego grona osób w ramach swojej organizacji. W ocenie Zamawiającego, nie ma konieczności by Wykonawca bardziej precyzował wspomniany krąg osób. W szczególności taka konieczności nie wynika z obowiązujących przepisów. Przepisy nie nakładają również na wykonawców konieczności wykazania w jaki sposób kontrolują oni krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.

Zamawiający stoi na stanowisku, że przedłożone przez wykonawcę dowody w postaci certyfikatów i polityk, w sposób wystarczający uprawdopodobniają, że wykonawca: podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności – a więc potwierdzają spełnienie tej przesłanki.”

Następnie Zamawiający podsumował „(...) należy uznać, że pisma wskazanie w uzasadnieniu z pliku „5b_Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa” a więc pismo pn. „Wyjaśnienie Budimex S.A.” wraz z oznaczonymi załącznikami, a także wymienione w uzasadnieniu zarządzenia prezesa Zarządu, wytyczne prezesa Zarządu oraz polecenie członka Zarządu, a także pismo pn.: „Wyjaśnienia Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 3

i art. 110 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych” zawarte w pliku „5_Self-cleaning dotyczący przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_final_TAJEMNICA 2”, wraz z załącznikami

oznaczonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa, zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego, jako że wykonawca wykazał spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, należy uznać, że Zamawiający nie mógł powziąć innej decyzji, niż decyzja co do uznania zastrzeżonych dokumentów i znajdujących się w nich informacji za zastrzeżone skutecznie.

Tym bardziej, że Zamawiający nie miał wiedzy, o ujawnieniu tych dokumentów przez GDDKiA w Lublinie, przy czym dokonanie tej czynności przez innego Zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie powinno mieć wpływu na ocenę spełnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w ramach przedmiotowego postępowania. Tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega się bowiem na gruncie danego postępowania, a jak wspomniano wyżej zastrzeżenie to zdaniem Zamawiającego zostało dokonane skutecznie.

Ponadto uprzednie ujawnienie informacji znajdujących się w dokumentach zastrzeżonych przez Budimex, może być rozpatrywane, jako mające wpływ na spełnienie przesłanki, opisaną w lit. B, a nie przesłanki wartości gospodarczej, do której szeroko odnosi się Kontrolujący w Wynikach Kontroli.”

III.

W dniu 13 grudnia 2022 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli.

Prezes UZP wskazał, że biorąc pod uwagę argumentację przedstawioną w zastrzeżeniach, należy stwierdzić, że stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odniesieniu do naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Znk, wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego w ślad za Informacją o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał, iż zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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.

Prezes UZP podniósł, że ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, w toku badania ofert zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy, czy wykonawca prawidłowo zastosował instytucję zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając na uwadze treść normy prawnej art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jest zobligowany do wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy Znk. Należy stwierdzić, że 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. Następnie, na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów zamawiający winien jest zdecydować, czy zastrzeżenie uznać za dokonane zgodnie z przesłankami wynikającymi z art. 11 ust. 2 ustawy Znk, czy za bezskuteczne i odtajnić zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje oraz dokumenty, a następnie przekazać je innym wykonawcom w celu zapoznania się z nimi. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.07.2021 r. (sygn. akt 2018/21, 2048/21): „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią

one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłyby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego" oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach samooczystczenia dla wykazania, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu”.

Dalej Prezes UZP wskazał, że ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą,

wykonawca zobligowany jest do wykazania, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla niego właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W wyroku z dnia 10.10.2022 r. (sygn. akt: KIO 2519/22, sygn. akt: KIO 2533/22) KIO zajęła następujące stanowisko: „Zastrzeżenie dokonane przez X jest nieskuteczne także z tych przyczyn, że nie wystarczy jedynie stwierdzić, że dane informacje czy dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż spełnione są ustawowe wymogi ochrony wynikające z uznk, ale konieczne jest wskazanie szczegółowo jakie dane i z jakiej przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności.”

Natomiast w wyroku z dnia 17.01.2022 r. (sygn. akt KIO 3762/21) Izba stwierdziła, że „obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmioty na rynku, w innych postępowaniach”.

Prezes UZP argumentował, że z powyższego wynika wprost, że jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią, co ma istotne znaczenie z perspektywy zasady jawności postępowania. Samo zastrzeżenie udostępniania informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić i to w sposób kwalifikowany, czyli „wykazać,” iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (por. m.in. wyrok KIO z 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 2113/16, KIO 2119/16, wyrok KIO z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 2028/17). Tym samym, należy wskazać, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia danych informacji oraz dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa, jest udowodnienie przez wykonawcę, że podjął wszelkie niezbędne działania do zachowania tych informacji i dokumentacji w tajemnicy.

Prezes UZP wskazał, że w świetle art. 11 ust. 2 ustawy Znk, 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. Tym samym warunkiem koniecznym do uznania, czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jest posiadanie przez taką informację wartości gospodarczej. Powyższe oznacza, że nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Tym samym, uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkracząc w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Prezes UZP podniósł, że analiza treści uzasadnień sporządzonych przez wykonawcę Budimex S.A., prowadzi do wniosku, że nie zawarto w nich argumentów potwierdzających, że zastrzeżonym dokumentom/informacjom powinien przysługiwać status tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca Budimex S.A. w złożonym uzasadnieniu pn.: „5 b_Uzasadnienie_tajemnicy_przedsiębiorstwa” ograniczył się do ogólnikowych twierdzeń, wskazując, że: „Informacje te stanowią wynik strategii i koncepcji przyjętych indywidualnie przez Wykonawcę, a zarówno w całości, jak i w ramach fragmentów wskazują na sposób realizacji zamówienia i czynności podejmowanych również później, co świadczy o charakterze organizacyjnym i wartości gospodarczej wskazanych

dokumentów. (...) Dane o takim charakterze mają wartość gospodarczą, bowiem pozyskanie przez konkurentów wiedzy

o wewnętrznym sposobie działania i organizacji Spółki, jak również o strategii przyjmowanej w ramach postępowań sądowych czy o podejmowanych w toku negocjacji postanowieniach zawieranych ugód pozwala na zastosowanie tych samych mechanizmów i rozwiązań." Tym samym, wykonawca nie wykazał, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów, jak również nie przedstawiono w tym zakresie żadnego dowodu.

Dalej Prezes UZP ocenił, że wykonawca Budimex S.A. nie wykazał, iż zastrzegane informacje mają dla wykonawcy jakąkolwiek wartość gospodarczą. Wykonawca przedstawił jedynie ogólne, lakoniczne, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie może być uznane za takie, które wykazuje konkretną wartość gospodarczą zastrzeżanych informacji. W omawianym stanie faktycznym wykonawca zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do dokumentów, którego zastrzeżenie tajemnicy dotyczy, jak również nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową, w szczególności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zaniechał wykazania, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Ponadto w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano, jakie środki zostały przez wykonawcę podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji/dokumentów. W uzasadnieniu wykonawca jedynie podkreślił, że: „Wykonawca podejmuje szereg działań mających na celu zapewnienie zarówno fizycznej, jak i prawnej ochrony danych zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które ze względu na swoją wartość gospodarczą, dostępne są jedynie dla ograniczonego kręgu osób -pracowników Wykonawcy, obejmujących wyłącznie osoby bezpośrednio zaangażowane w przygotowanie wewnętrznych zarządzeń w ramach spółki czy zawieranie umów dotyczących szkoleń, czy prowadzenie danego sporu sądowego (radcowie Działu prawnego spółki objęci są dodatkowo tajemnicą radcowską) bądź ewentualnie odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty i wszelkich pism składanych w ramach konkretnego postępowania - Zespół ds. przygotowania ofert w Budimex S.A. Co więcej, w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji Wykonawca podejmuje szereg dodatkowych działań, obejmujących zarówno ich fizyczną ochronę, jak i szereg instrumentów prawnych". Opierając się na powyższym, nie wskazano, jakie grono osób spośród pracowników/współpracowników wykonawcy ma lub miało dostęp do informacji/dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz, w jaki sposób wykonawca kontroluje krąg osób, które mają dostęp do zastrzeżonych informacji.

Prezes UZP wskazał na rozbieżności w przedłożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach. Z jednej strony wykonawca wskazuje, iż zastrzeżone dokumenty zawierają informacje wynikające bezpośrednio z wieloletniego doświadczenia wykonawcy w udziale w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, zaś z drugiej wykonawca wskazuje, iż know how zostało opracowane w konsekwencji stwierdzenia w stosunku do wykonawcy podstawy do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Należy zauważyć, iż z treści dokumentu pn.: „Wytyczne do Zarządzenia nr 3 i 4", zastrzeżonego przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wynika, iż Centralny Rejestr Zdarzeń jest efektem wyciągnięcia przez wykonawcę wniosków z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.03.2022 r. (sygn. akt KIO 449/22) oraz stanowiska GDDKiA, a zatem nie sposób powyższemu dokumentowi przypisać charakteru twórczego czy innowacyjnego. Tym bardziej, iż powyższy Rejestr zawiera informacje, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają przekazaniu dla zamawiającego w ramach wymagań formularza JEDZ, a zatem do ich zbierania zobowiązany jest każdy z wykonawców, nie zaś tylko Budimex S.A. Natomiast rozstrzygnięcia co do zakresu danych, które wykonawca zobowiązany jest wskazać w JEDZ dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w powyżej przytoczonym wyroku.

Ponadto Prezes UZP wskazał, iż wykonawca Budimex S.A. zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa także dokumenty, których nie jest adresatem, a otrzymał je jedynie „do wiadomości”. Jako przykład można wskazać dokument pn.: „Opinia Izby Odwoławczej w sprawie Budimex S.A. Wykonawca jednocześnie wskazuje w uzasadnieniu, iż w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji podejmuje szereg dodatkowych działań m.in. zamieszczanie we wszelkiej korespondencji związanej z informacjami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym także w korespondencji mailowej, klauzuli „poufne”. W świetle powyższego za bezpodstawne należy uznać wyjaśnienia wykonawcy o działaniach mających na celu zachowanie poufności w stosunku do dokumentów, których nie jest adresatem, ale także pozostałych, gdyż wbrew twierdzeniom wykonawcy na żadnym z zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów nie znajduje się klauzula „poufne”, tym samym należy uznać, iż nie były to informacje związane z tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawcy.

Prezes UZP stwierdził, że nie sposób za tajemnicę przedsiębiorstwa uznać także dokumentów/informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 18.07.2022 r. pn.: „Pismo przewodnie_BX_uzupełnienie pisma z wyjaśnieniami_15.07.2022_mmk.pdf” wraz z załącznikami zawartymi w pliku „załączniki.pdf”. W ocenie Prezesa Urzędu wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeżanych informacji. Przedstawione przez wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia jest w

znacznej mierze ogólnikowe, zawiera liczne cytaty z orzecznictwa nie dotyczące stanu faktycznego sprawy oraz odnosi się do - jak wskazuje wykonawca nieodtajnionych dotychczas szczegółów prowadzonych negocjacji, o których nie ma w ogóle mowy w zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentach. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy, które wykonawca zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczy umowy zawartej z publicznym zamawiającym, a sam fakt odstąpienia od umowy jest podany do publicznej wiadomości i bez większych przeszkód można tę informację odnaleźć przez popularne wyszukiwarki internetowe, czy na stronie internetowej ciechanowinaczej.pl. Jednocześnie należy wskazać, iż informacje dotyczące realizacji zamówień na rzecz podmiotów publicznych, w tym wydatkowania środków publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu np. w trybie dostępu do informacji publicznej. Ponadto wykonawca nie wykazał także jakie konkretnie, mające na celu zabezpieczenie przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji poufnych, działania podjął, wskazując jedynie na wdrożenie pewnych procedur. Należy wskazać ponadto, iż do wyjaśnień wykonawcy załączył:

- Deklarację stosowania bezpieczeństwa informacji (z zawartą klauzulą znajdującą się na dole strony: „ogólnodostępne”),
- Politykę Bezpieczeństwa Informacji;
- Politykę Zintegrowanego Systemu Zarządzania,
- Certyfikat ISO/IEC 27001:2013,
- Certyfikat ISO/IEC 20000-1:2011.

Powyżej przywołane dokumenty posiadają status ogólnodostępnych, gdyż zamieszczone są na stronach internetowych wykonawcy Budimex S.A. Skoro zatem powyższe dokumenty są jawne, nie jest uprawnione zastrzeganie nieujawniania ich treści w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym ww. dokumentom nie można przypisać statusu tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko ze względu na okoliczność, iż wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ale także z uwagi na fakt, iż dokumenty te są jawne i powszechnie dostępne.

W świetle powyższego, Prezes UZP ocenił, że wykonawca Budimex S.A. w żadnym z przedłożonych w ramach kontrolowanego postępowania uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzegane informacje. Podkreślić bowiem należy, iż wartość gospodarcza zastrzeganej informacji jest jednym z elementów ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem wykazanie wartości gospodarczej informacji jest koniecznym elementem dla skutecznego ich zastrzeżenia. Tym samym, informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania, że stanowią one tajemnicę

przedsiębiorstwa. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, który w odpowiednim momencie postępowania winien, bez wezwania, udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Niewywiązanie się przez wykonawcę z powyższego obowiązku powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Zamawiający każdorazowo zobligowany jest w toku badania i oceny ofert zweryfikować treść informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i skonfrontować ją z uzasadnieniem, jakie wykonawca powinien przedstawić, aby wykazać, że zastrzeżone informacje faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Tym samym Zamawiający nie może automatycznie i bezrefleksyjnie przyjmować, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawidłowe.

Prezes UZP podniósł, że w toku argumentacji Zamawiający zaznaczył, iż zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa umowa o przeprowadzenie szkolenia z ustawy Pzp stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem również względem tego dokumentu wykonawca wykazał, że stanowi ona informację posiadającą wartość gospodarczą gdyż zostało wykazane, że dotyczy ona zasad współpracy wykonawcy z kontrahentem. Ujawnienie, w jakim zakresie, na jakich warunkach i z kim prowadzone było szkolenie może doprowadzić do zniwelowania przewagi wykonawcy w zakresie jego działalności na rynku względem konkurencji. W tym miejscu należy podnieść, iż w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu pn.: „Wykonanie robót budowlanych w obrębie stacji Słupsk od km 128,600 do km 135,100 linii kolejowej nr 202 w ramach projektu POIiŚ 5.1-17 pn. „Prace na linii kolejowej nr 202 na odcinku Gdynia Chylonia - Słupsk” część II odcinek Łębork – Słupsk.” Zamawiający odtajnił pliki złożone przez wykonawcę Budimex S.A.:

1. Plik 14. Załącznik nr 13 - Certyfikat ISO 14001 do 2023_TAJEMNICA
2. Plik 14. Załącznik nr 15 - umowa o przeprowadzenie szkolenia_TAJEMNICA znajdujące się w folderze 14, stanowiące załączniki do pisma pn.: „Self-cleaning dotyczący przesłanki

z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c_TAJEMNICA”

W uzasadnieniu powyższego Zamawiający wskazuje: „Budimex nie wskazał w treści uzasadnienia, w jaki sposób informacje dotyczące certyfikatu ISO (Załącznik 13) oraz umowy o przeprowadzenie szkolenia (Załącznik 15) spełniają omawianą przesłankę. Certyfikat ISO potwierdza jedynie standardy systemu funkcjonującego u wykonawcy, Budimex nie wykazał dlaczego jego treść stanowi informację organizacyjną czy też posiada wartość gospodarczą.

Jednocześnie Wykonawca zaniechał podania wyjaśnień co do wartości gospodarczej zawartej umowy na szkolenie, nie można więc przyjąć jak przy pierwszych z omawianych zastrzeżeń Budimex, że wykazano spełnienie przesłanki dot. charakteru informacji lub jej wartości gospodarczej względem umowy stanowiącej załącznik 15 do omawianego pisma dot. Self-cleaning”.

W kontekście decyzji Zamawiającego podjętej w toku innego powyżej przywołanego postępowania o udzielenie zamówienia Prezes UZP stwierdził, iż argument, że Zamawiający nie miał wiedzy, o dokonaniu czynności odtajnienia dokumentów/informacji przez innego zamawiającego, w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w ww. zakresie nie ma zastosowania. Powyższe, podobnie jak odtajnienie pozostałych dokumentów m.in. w postępowaniu pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski Hrebenne, Odcinek nr 6: węzeł „Zamość Wschód” wraz z węzłem - węzeł „Zamość Południe” wraz z węzłem; dł. ok. 12,430 km”, przeprowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie świadczy o tym, iż w stosunku do dokumentów/informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Budimex S.A. nie została spełniona przesłanka z art. 11 ust. 2 ustawy ZnK.

Reasumując, przedstawione przez Zamawiającego zastrzeżenia do naruszenia wskazanego w Informacji o wyniku

kontroli uprzedniej nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym, Prezes UZP podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 22 listopada 2022 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

IV.

Prezes UZP, przekazał Izbie do zaopiniowania zastrzeżenia Zamawiającego w dniu 13 grudnia 2022 r.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 29 listopada 2022 r. do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 22 listopada 2022 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Stan faktyczny okazał się niesporny. Zamawiający uznał za zasadne zastrzeżenie wszystkich informacji wskazanych przez wykonawcę BUDIMEX S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa i przekazanych mu w toku postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla

zadania pn.: „Rozbiórka, przebudowa, rozbudowa i budowa obiektu budowlanego pn.: linia kolejowa nr 104 Chabówka - Nowy Sącz na odc. E od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652) wraz z infrastrukturą techniczną wzdłuż linii kolejowej nr 104 na odcinku od km 61+220 (km istn. 63+965) do km 73+892 (km istn. 76+652), wzdłuż linii kolejowej nr 96 Tarnów - Łeluchów na odc. od km ist 87+700 do km ist. 90+345 oraz na stacji Nowy Sącz", realizowanego w ramach projektu: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże - Szczyrzyc - Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka - Nowy Sącz".

Izba podzieliła argumentację Kontrolującego przedstawioną zarówno w Informacji o wyniku kontroli jak i w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego.

Uzupełniając Izba podkreśla, że kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Na takie stanowisko Izba ma wpływ ukształtowanie przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wyjątek od powyższej zasady wskazano w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że 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. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającemu obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostował obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy ZnK. Zgodnie z tym przepisem 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 (tak wyrok KIO z dn. 23.06.2021 w sprawie o sygn. akt KIO 1173/21). Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa o zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

W konsekwencji wykonawca Budimex S.A. zobowiązany był zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie. Ponadto zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z równoczesnym wykazaniem zasadności takiego zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż w momencie ich złożenia. Izba podzieliła stanowisko Kontrolującego, że Budimex S.A. powyższemu obowiązkowi nie sprostował. Izba stwierdziła, że przedstawione uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa są lakoniczne i opierają się na teoretycznych wywodach odwołujących się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa oraz ogólnych tezach, nie zawierając konkretnych, merytorycznych argumentów przemawiających za uznaniem za tajemnicę przedsiębiorstwa konkretnych informacji. Tym bardziej, iż wiele z tych informacji związanych jest z realizacją na rzecz podmiotów publicznych umów o zamówienia publiczne, które to informacje można pozyskać zgodnie z ustawą o

dostępie do informacji publicznej.

Izba podziela również stanowisko Kontrolującego, że wykonawca Budimex S.A. nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, ograniczając swoje stanowisko do niczym nie popartych tez i hipotez. Wykonawca wskazywał, że zastrzegane informacje są oparte na wieloletnim doświadczeniu wykonawcy i jego know-how, a ich ujawnienie zagrażałoby jego interesom, prowadząc do umniejszenia przewagi konkurencyjnej i zagrażając jego pozycji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia

publicznego. Przykładowo odnośnie „Centralnego Rejestru Zdarzeń” wykonawca wskazywał, że przedmiotowy dokument ma wymierną wartość gospodarczą, bo wskazuje na konkretne informacje mające walor ekonomiczny, związane ze statusem Spółki, metodologią działań w ramach relacji inwestorskich i dla Wykonawcy stanowi konkretną chronioną wartość. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie wykonawcy Budimex S.A. o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawca gromadzi określone informacje oraz sam fakt prowadzenia takiego rejestru nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat kontraktów zawartych, zrealizowanych czy też niewykonanych przez konkurentów. Zgodzić się również należy z Kontrolującym, iż każdy racjonalny wykonawca działający na rynku zamówień publicznych winien posiadać analogiczny rejestr. Wykonawca Budimex S.A. winien wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień miałoby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałoby wynikać, tym bardziej, jak już wspomniano powyżej, że duża część zastrzeżonych dokumentów pochodzi od Zamawiających publicznych i jest związana z realizacją umów realizowanych w reżimie ustawy Pzp. W ocenie Izby, zawarcie ogólnych stwierdzeń w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez konkretyzacji określenia wartości poszczególnych informacji, nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż jest to argumentacja wystarczająca do objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1317/19, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wołałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie wykonawca Budimex S.A. oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w ofercie na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Ponadto za negatywną należy

uznać praktykę zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści składanych wyjaśnień zarówno w zakresie self-cleaningu jak i ewentualnego wystąpienia przesłanek wykluczenia, mającą de facto na celu nie chronienie cennych dla organizacji informacji lecz utrudnienie innym wykonawcom kontroli czynności Zamawiającego. Aczkolwiek a priori nie można wykluczyć sytuacji, w której pełna treść wyjaśnień mogłaby zawierać informacje posiadające wartość gospodarczą, to jednak przypadki takie należy rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku niż reguły. Podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto odnośnie argumentu Zamawiającego, co do jego braku wiedzy o odtajnieniu tożsamyh informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Budimex S.A. przez innego zamawiającego, stwierdzić należy, iż chociaż faktycznie Zamawiający nie musiał tej wiedzy posiadać to obiektywnie zastrzeżone w niniejszym postępowaniu informacje jako ujawnione nie stanowią już tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: