Sygn. akt: KIO 4398/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 r. przez W.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W.F. Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Stawy Milickie spółkę akcyjną z siedzibą w Miliczu, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Melbud spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert uznanie za nieskutecznie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa i udostępnienie w postępowaniu o zamówienie, w tym udostępnienie Odwołującemu, wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 8 listopada 2024 r. złożonych przez wykonawcę Melbud spółkę akcyjną z siedzibą w Warszawie w pełnym zakresie wraz z załącznikami dla Zadania nr 1, Zadania nr 2 i Zadania nr 3.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt: KIO 4398/24

Uzasadnienie

Stawy Milickie spółka akcyjna z siedzibą w Miliczu, (dalej:*„Zamawiający”*), prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, pn.: *Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni”,* numer postępowania numer postępowania PN-09/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej: *„ustawa Pzp”*.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 października 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2024/BZP 00556004/01.

W postępowaniu tym W.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą W.F. Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych z siedzibą w Ozimku (dalej:*„Odwołujący”*) 25 listopada 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

a) Zadanie nr 1 – Formowanie i remont grobli na stawie Jamnik Nowy:

- zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w

zakresie ceny,
b) Zadanie nr 2 – Formowanie i remont grobli na stawie Mewi Duży: - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny,
c) Zadanie nr 3 – Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki-Jamnik Dolny: - zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233, zwanej dalej: UZNK) poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. – dla każdego z Zadań 1, 2 oraz 3 - w zakresie ceny zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania przez zastrzeżone informacje przesłanek umożliwiających uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 1, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
2) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 2, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
3) odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu części III do wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny dla Zadania nr 3, z uwagi na ich bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Następnie Odwołujący opisał stan faktyczny sprawy, przywołał bardzo obszernie poglądy orzecznictwa i doktryny w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa a następnie odniósł się do czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu i do samego uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę Melbud S.A. celem wykazania zasadności powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł m.in., że Melbud S.A. wskazał na s. 3 swojego pisma, iż zastrzeżone informacje mają charakter organizacyjny, oraz przynajmniej częściowo – techniczny i technologiczny. Odwołujący wskazał, że wśród przekazanych Odwołującemu informacji brak jest jakiegokolwiek śladu weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości tych twierdzeń. W ocenie Odwołującego, uwagi Melbud S.A. na temat wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zawarte na s. 3 i 4 pisma mają charakter bardzo ogólnikowy. Zdaniem Odwołującego Melbud S.A. nie wykazał istnienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji, zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Melbud S.A. było skuteczne.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że Melbud S.A. zadeklarował na s. 4 swojego pisma, że zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Odwołujący zauważył, że wśród przekazanych Odwołującemu informacji brak jest jakiegokolwiek śladu weryfikacji przez Zamawiającego prawdziwości tych twierdzeń. Odwołujący wskazał, że Melbud S.A. na s. 4 swojego pisma zadeklarował podjęcie szeregu działań, jednakże w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił ich faktycznego wdrożenia. Odwołujący zwrócił uwagę, że brak jest, nawet przykładowych, faktycznie podpisanych przez kogokolwiek zobowiązań do zachowania wszelkich informacji w poufności. Brak także procedur wewnętrznego obiegu informacji, których istnienie deklaruje Melbud S.A. Odwołujący argumentował, że gołosłownych deklaracji wykonawcy nie sposób utożsamiać z ich wykazaniem, na co Izba wielokrotnie zwracała już w swoim orzecznictwie uwagę (por. np. wyrok z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt 200/18, wyrok z 14 marca 2022 r., sygn. akt KIO 479/22).

W związku z powyższym, Odwołujący wywiódł, że Zamawiający całkowicie bezzasadnie zaniechał zatem uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiocie ceny przez Melbud S.A. za bezskuteczne oraz ujawnienia go zainteresowanym wykonawcom (w tym Odwołującemu). Odwołujący także wskazał, że powyższe może mieć wpływ na wynik postepowania.

W złożonej pismem z 3 grudnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko.

W piśmie procesowym z 5 grudnia 2024 r. wykonawca Melbud S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej:*„Izba”* lub *„KIO”*), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił Melbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: *„Przystępujący”*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stan faktyczny sprawy jest bezsporny i w zakresie prowadzonej korespondencji między Zamawiającym a Odwołującym, co do udostępnienia spornych dokumentów, został prawidłowo opisany w treści odwołania i znajduje potwierdzenie w uzupełnionej przez Zamawiającego historii korespondencji.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z ustalonym na dzień rozprawy stanem sprawy Zamawiający 19 listopada 2024 r. zawiadomił o unieważnieniu czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 1, zadania 2 oraz zadania 3 dokonanej w dniu 12 listopada 2024r. oraz zawiadomił o powtórzeniu czynności badania i oceny złożonych w przedmiotowym postepowaniu zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty. Dodatkowo Zamawiający w dniu 27 listopada Zamawiający doprecyzował ww. zawiadomienie.

Już w zawiadomieniu z 19 listopada 2024 r., Zamawiający wyjaśnił, że powyższe działania wynikały z faktu, iż w prowadzonym postępowaniu zostały wniesione dwa odwołania, po których Zamawiający powziął wątpliwości co do zasadności przeprowadzonej oceny ofert. Rozpoznawane odwołanie jest trzecim odwołaniem w sprawie i jak wyjaśnił Zamawiający podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników, powtórzenie czynności badania i oceny ofert nie dotyczy badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ ten zakres oceny został przez Zamawiającego zakończony. Zamawiający potwierdził więc, że w zakresie zarzutów tego odwołania spór jest aktualny, a powtórzona czynność badania i oceny ofert nie będzie obejmować ponownego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa spornych dokumentów. Wobec powyższego oświadczenia, Izba uznała spór na aktualny i rozpoznała odwołanie.

Na podstawie akt sprawy i załączników do odwołania, Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego pismami z do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na powyższe, Przystępujący złożył wyjaśnienia z 8 listopada 2024 r. wraz z załącznikami oraz następującym uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa:

„W pierwszej kolejności, Wykonawca zastrzega, że dowody – załączniki do niniejszych wyjaśnień powołane w dalszej części wyjaśnień (p.III) i przekazane przez Wykonawcę Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej w oddzielnym folderze „Tajemnica przedsiębiorstwa” stanowią informacje wrażliwe Wykonawcy, wchodzące w skład tajemnicy jego przedsiębiorstwa, dlatego Wykonawca wnosi o ich nie ujawnianie osobom trzecim, w tym szczególnie pozostałym oferentom. Informacje te mają charakter organizacyjny i techniczny, posiadają istotną wartość gospodarczą, a Wykonawca nie udostępnia tych informacji szerszemu gronu osób oraz podejmuje wzmożone środki w celu utrzymania ich poufności.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogą być ujawniane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o ile tylko Wykonawca zastrzeże, że informacje te stanowią stosowną tajemnicę i to wykaże. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej także jako „u.z.n.k.”) „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”. Warunki uznania danych wiadomości za tajemnicę przedsiębiorstwa są więc następujące: 1) informacje mają charakter techniczny (a), technologiczny (b) lub organizacyjny (c); 2) informacje posiadają wartość gospodarczą; 3) informacje nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a Wykonawca podjął

starania w celu utrzymania ich poufności.

Szerzej na temat warunków, które muszą zostać spełnione, aby uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, wielokrotnie wypowiadało się orzecznictwo. W kontekście powyższego zastrzeżenia warto przywołać Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 roku (sygn. akt. XIX Ga 167/07), w którym Sąd wskazał, że „mając na uwadze treść wskazanych przepisów oraz art. 11 ust. 4 ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy uznał, iż zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. (...)". Słuszność prezentowanego stanowiska potwierdza także m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2013 roku (sygn. akt: KIO 2602/13), w którym podniesiono, że „poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót branżowych (pkt F), przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, współpracujących z firmą (...) od wielu lat narażałoby wykonawcę (...) na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych przez podwykonawców. W robotach wycenionych „w siłach własnych" - podane wartości kwotowe umożliwiają pozyskanie przez konkurencję istotnych danych dotyczących sposobu kalkulacji przyjętego przez wykonawcę w tym zakresie. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku (...) kalkulacje ceny oferty są każdorazowo przygotowywane indywidualnie dla każdego zamówienia, z uwzględnieniem jego specyficznych warunków. Powyższe oznacza zatem, że każdy taki projekt wymaga przygotowania odrębnej koncepcji realizacji robót, szczegółowej analizy warunków realizacji oraz w związku z tym przyjęcia odpowiedniej strategii kalkulacji ceny oferty. Prace te opierają się bez wątpienia na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, potencjale technicznym i osobowym, kontaktach handlowych itp. Sposób kalkulacji ceny odzwierciedla więc de facto konkretne „zasoby" przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że informacje przekazywane przez Wykonawcę wraz z niniejszym pismem mają charakter organizacyjny oraz – przynajmniej częściowo - techniczny i technologiczny. Składają się na nie bowiem informacje dotyczące: 1) sposobu przygotowania się Wykonawcy do realizacji zamówienia; 2) zasobów będących w posiadaniu Wykonawcy oraz które Wykonawca uzyskuje od podmiotów zewnętrznych; 3) warunków na jakich współpracuje Wykonawca z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami.

Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia Wykonawcy w realizacji kontraktów, jego know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk. W dobie znacznej rywalizacji o pozyskiwanie zamówień w sektorze budowlanym, takie organizacyjne know-how ma bezpośredni wpływ na skuteczność w zakresie konkurowania. Zbiór ten pozwala Wykonawcy zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług czy robót. Zarówno Wykonawca nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci Wykonawcy nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych Wykonawcy. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że rzeczone informacje noszą istotną wartość gospodarczą i stanowią cenne źródło informacji dla konkurentów Wykonawcy, co czyni ich ochronę przez bezprawnym ujawnieniem w pełni zasadną. Ekonomiczna wartość zastrzeżonych informacji wynika z faktu, że jak wspomniano powyżej, elementy takie jak metoda kalkulacji ceny, sposób organizacji procesu budowy, zakres i warunki współpracy angażowanych zasobów, przekładają się bezpośrednio na konkurencyjność ofert Wykonawcy, a co za tym idzie możliwość pozyskiwania zamówień. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami, pozwalając konkurentom na skuteczniejszą rywalizację z Wykonawcą w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zachowania równych zasad tej rywalizacji. W tym stanie rzeczy, metodologia realizacji zamówienia za pomocą konkretnych podwykonawców oferujących Wykonawcy atrakcyjne ceny stanowi zbiór jego wiedzy, doświadczenia i know-how, które zgromadził w wyniku rozpoznania rynku i realizacji kontraktów. Mimo, że oferta została przygotowana w oparciu o założenia poczynione dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą, pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, co spowoduje zniwelowanie przewagi konkurencyjnej Wykonawcy w następnych postępowaniach, w których będzie brał udział. Straty z tym związane trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość, niemniej oczywistym pozostaje – w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego – że w sytuacji utraty możliwości uzyskania kolejnych zamówień, straty te wystąpią. Uwzględniając nawet minimalny zysk generowany przez Wykonawcę na kolejnych kontraktach, mogą sięgnąć nawet milionów złotych. Z tego względu informacje te należy uznać za posiadające wartość gospodarczą Wykonawcy i jako takie, za niepodlegające ujawnieniu. W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy, między innymi poprzez ograniczenie liczby pracowników

Wykonawcy mających dostęp do tych danych, zabezpieczenie ich przed trafieniem w niepowołane ręce, stosowanie zabezpieczeń informatycznych w magazynowaniu informacji. Mowa tu o ograniczeniach organizacyjnych związanych z przepływem danych polegających m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerach itp. Pracownicy Wykonawcy, biorący udział w przygotowaniu oferty do przedmiotowego zamówienia, zostali zobowiązani do zachowania wszelkich informacji w poufności. Podobnie dostawcy, usługodawcy i podwykonawcy zachowują w tajemnicy warunki współpracy z Wykonawcą. W dalszej kolejności Wykonawca podkreśla, że zgodnie z wymogiem z art. 11 ust. 2 UZNK informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a te rozwiązania organizacyjne są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. organom zarządzającym oraz upoważnionym podmiotom lub pracownikom – zobowiązanym do zachowania poufności. Jednocześnie należy wskazać, że okoliczność, że o danych informacjach wie jedynie ograniczone grono osób, zobowiązanych do zachowania poufności tych informacji (jak pracownicy, konsultanci lub prawnicy), nie oznacza oczywiście, że informacje te tracą poprzez to walor informacji poufnych, zwłaszcza że podmioty te są prawnie zobowiązane względem Wykonawcy do zachowania poufności (Opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych, Tajemnica przedsiębiorstwa, dostępna: https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/tajemnica-przedsiebiorstwa). W szczególności Wykonawca zaznacza, że informacji objętych niniejszymi wyjaśnieniami w części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa nie można odnaleźć w przestrzeni publicznej, nie została ujawniona w Internecie, w żadnych wykazach lub rejestrach publicznych. Wykonawca wskazuje, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności opisanych wyżej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Wykonawca posiada ustalone procedury w postaci polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem do wiadomości osób trzecich. Obowiązek zachowania określonych informacji w poufności dotyczy wszystkich pracowników i inne osoby, którym informacje te są udostępniane w zastrzeżeniem poufności. Wykonawca posiada wdrożony adekwatny system ochrony danych we wszystkich obszarach prowadzonego biznesu w celu ochrony swojej własności materialnej, intelektualnej, technicznej, przemysłowej, doświadczenia, know-how itp. Co więcej, załączone do niniejszego pisma oferty podwykonawców stanowią informacje poufne skierowane wyłącznie do Wykonawcy. Oferenci Wykonawcy zastrzegali, że nie wyrażają zgody na udostępnianie tych informacji podmiotom trzecim, co zachowuje aktualność szczególnie co do pozostałych Wykonawców w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem dany podwykonawca, dostawca lub usługodawca, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności współpracy z Wykonawcą, zaoferował dla Wykonawcy lepszą cenę niż dla pozostałych oferentów, ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować negatywnie dla tego podwykonawcy. Te informacje stanowią tajemnice, do których zachowania zobowiązaliśmy się względem naszych kontrahentów. Powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają, że mamy podstawy do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zakazania obejmowania ich jawnością postępowania.”.

Izba ustaliła, że dla każdego z zadań, tj. również dla Zadania nr 2 i Zdania nr 3, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma analogiczną treść. Do każdego z pism zostały załączone załączniki w postaci ofert podwykonawców.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przypomnienia wymaga, że fundamentalną zasadą postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania, o której mowa w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Pozwala ona na ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wykładnia omawianych przepisów powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasad postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności. Wyłączenie zasady jawności jest więc sytuacją wyjątkową i jako takie powinno podlegać zawężającej interpretacji.

Odstępstwo od zasady jawności jest możliwe na podstawie 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), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przepis zatem wprost stanowi, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W tej sytuacji rola zamawiającego sprowadza się do oceny, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, tj. czy wykazał , że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie wskazuje się, że sformułowanie *„wykazał”* oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bądź gołosłowne

zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przypomnieć należy, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została sformułowana w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że 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.

W celu skutecznego powołania się na tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wykazać, że łącznie zostały spełnione następujące przesłanki:

1)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2)jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,
3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Następnie wymaga przypomnienia, że w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania zasadności zarzutów odwołania spoczywa na odwołującym. Specyfika stawianych zarzutów w odwołaniu wymuszać będzie na odwołującym różne formy aktywności dowodowej, niemniej jednak podkreślić należy, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują w tym zakresie odstępstw i odwołujący zawsze jest obarczony ciężarem dowodu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, w pierwszej kolejności, odnosząc się do uzasadnienia odwołania, odnotować należy, że jego treść jest dość lakoniczna, a Odwołujący podjął polemikę z przedstawionym przez Przystępującego uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa w treści pism z 8 listopada 2024 r. w bardzo ograniczonym zakresie. Zarzuty odwołania sprowadzają się w zasadzie do oceny czynności Zamawiającego, który zdaniem Odwołującego w sposób nienależyty dokonał oceny przedstawionego mu w pismach z 8 listopada 2024 r. uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że nie dokonał on oceny dla każdego z postępowań odrębnie. Dla Izby nie jest zrozumiała ta argumentacja. Wyrazem oceny uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego jest jej udostępnienie bądź zaniechanie udostępnienia, co otwiera wykonawcy, który z taką decyzją się nie zgadza, możliwość podjęcia polemiki z przedstawionym zamawiającemu uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazaniem, że nie spełnia ono wymogów ustawowych opisanych wyżej. W tym celu odwołujący każdorazowo powinien poddać takie uzasadnienie szczegółowej analizie i uargumentować, dlaczego w jego ocenie nie może ono stanowić skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w ogóle nie dokonał weryfikacji prawdziwości twierdzeń zawartych w pismach Przystępującego na str. 3. Co do tego twierdzenia Izba wskazuje, że sam Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem nie wykazał, aby w tym zakresie czynność Zamawiającego obarczona była błędem. Podobnie Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, stąd też Zamawiający nie miał podstaw aby uznać ją za skutecznie wykazaną. Niemniej jednak Odwołujący w zasadzie nie odniósł się do treści tej części uzasadnienia, która została przez Przystępującego obszernie uzasadniona, lecz ograniczył się jedynie do samego stwierdzenia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby częściowo zgodzić się należy, z Zamawiającym i Przystępującym, że zarzuty odwołania częściowo sprowadzały się do ogólnych twierdzeń i w wyższej wskazanym zakresie twierdzenia te nie przesądziły o uwzględnieniu odwołania.

Ponadto Odwołujący wskazał też, że Przystępujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił wdrożenia opisanych przez siebie na str. 4 pism działań celem zachowania informacji w tajemnicy. W tym zakresie Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie tej części zarzutu, choć lakoniczne, było wystarczające dla uwzględnienia odwołania, ponieważ jak wskazano wyżej, przesłanki o jakich mowa w przepisie muszą zostać spełnione łącznie dla uznania, że tajemnica przedsiębiorstwa została zastrzeżona skutecznie.

W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie podniósł, że Przystępujący nie wykazał istotnego elementu tajemnicy przedsiębiorstwa, jakim jest podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Przystępujący w treści pism z 8 listopada 2024 r. złożył oświadczenie, że *„(…) Wykonawca wskazuje, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności opisanych wyżej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Wykonawca posiada ustalone procedury w postaci polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem do wiadomości osób trzecich. Obowiązek zachowania określonych informacji w poufności dotyczy wszystkich pracowników i inne osoby, którym informacje te są udostępniane w zastrzeżeniem poufności. Wykonawca posiada wdrożony adekwatny*

system ochrony danych we wszystkich obszarach prowadzonego biznesu w celu ochrony swojej własności materialnej, intelektualnej, technicznej, przemysłowej, doświadczenia, know-how itp.

Co więcej, załączone do niniejszego pisma oferty podwykonawców stanowią informacje poufne skierowane wyłącznie do Wykonawcy. Oferenci Wykonawcy zastrzegali, że nie wyrażają zgody na udostępnianie tych informacji podmiotom trzecim, co zachowuje aktualność szczególnie co do pozostałych Wykonawców w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem dany podwykonawca, dostawca lub usługodawca, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności współpracy z Wykonawcą, zaoferował dla Wykonawcy lepszą cenę niż dla pozostałych oferentów, ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować negatywnie dla tego podwykonawcy. Te informacje stanowią tajemnice, do których zachowania zobowiązaliśmy się względem naszych kontrahentów.".

Słusznie w treści zarzutu podniósł Odwołujący, że wskazanie ww. okoliczności opierało się jedynie na deklaracji, a Przystępujący nie złożył dowodów na poparcie powyższych twierdzeń. W tych okolicznościach uznać należy, że Przystępujący nie sprostał ciążącemu na nim obowiązku wykazania, o którym mowa w przepisie. Wykazanie to było, w ocenie Izby, możliwe, przez złożenie dokumentów, do których Przystępujący odwołał się w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, co jednak nie miało miejsca w postępowaniu o zamówienie. Złożenie tych dowodów dopiero na etapie postępowania odwoławczego uznać należy, za spóźnione. Nie przekonało Izby stanowisko procesowe Przystępującego wskazane w treści pisma procesowego, zgodnie z którym *„Wykonawca powołał zatem w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy konkretne rozwiązania formalne w postaci dokumentów wewnętrznych spółki i porozumień z osobami trzecimi. Przystępujący w chwili składania wyjaśnień uznał, że przedstawianie dowodów na podjęcie wskazanych działań zabezpieczających w sposób nadmierny rozbuduje argumentację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykraczając poza pojęcie „wykazania" do stopnia „udowodnienia". Przystępujący pragnie wskazać, za aktualnym orzecznictwem Izby iż, pojęcie "wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p., nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę (zob. powołane wcześniej orzeczenie KIO 1098/23). Przystępujący nadmienia, że posłużenie się oświadczeniami wynikało także z wyznaczenie przez Zamawiającego krótkiego, 3-dniowego terminu na złożenie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny."*. Po pierwsze, wskazać należy, że Przystępujący jako profesjonalista, musi mieć świadomość wymagań stawianych mu przez przepisy prawa w toku procedury ubiegania się o zamówienie publiczne na każdym jego etapie, a także reguł jakimi rządzi się takie postępowania, w tym zasady jawności. W konsekwencji wykonawca, składając ofertę w postępowaniu musi liczyć się z tym, że jego oferta oraz inne informacje podane w toku postępowania zostaną, co do zasady, ujawnione. Po drugie, argument o nadmiernym rozbudowaniu argumentacji jest w ocenie Izby zupełnie nietrafiony. Wykonawca, który chce skutecznie powołać się na wyjątkową instytucję, jaką jest zachowanie w tajemnicy części informacji przekazanych w toku co do zasady jawnego postępowania o zamówienie, ma obowiązek wykazania w sposób niewątpliwy wszystkich elementów składających się na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa i w tym celu powinien przedsięwziąć wszelkie konieczne działania. Po trzecie, we wskazanym w powyższym fragmencie wyroku Izba przywołała rozstrzygnięcie zapadłe w wyroku z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 649/23, gdzie Izba doszła do przekonania, że wykonawca w dostateczny sposób sprostał obowiązkowi wykazania, że podjął odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje zachować w poufności. W tamtej sprawie odwoławczej, Izba wskazała, że *„(…) jak wynika z załączonych przez Konsorcjum XXX (anonimizacja dokonana przez Izbę) dowodów, członka konsorcjum współpracującego w ramach Konsorcjum XXX (anonimizacja dokonana przez Izbę) obowiązują m.in. procedury ochrony informacji, które zostały określone w dokumentach przedstawionych wraz z wyjaśnieniami, w zakresie procedur i trybu współpracy XXX (anonimizacja dokonana przez Izbę) z zewnętrznymi partnerami (przedsiębiorcami) w ramach wspólnej realizacji projektów. Powyższe potwierdza treść wyciągu z Zarządzenia nr 5 z dnia 15.01.2019r., wyciągu z Decyzji nr 63 z dnia 13.11.2018 r., tj. dokumentów załączonych do wyjaśnień, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsorcjum XXX (anonimizacja dokonana przez Izbę) wykazało zatem w dostateczny sposób, że podjęło odpowiednie środki zmierzające do tego, by informacje, będące przedmiotem skutecznego zastrzeżenia - przedstawiające kalkulacje cenowe, zachować w poufności oraz że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej. Pojęcie „wykazania", o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę. W przedmiotowym postępowaniu żadne okoliczności podważające wiarygodność złożonych przez Konsorcjum XXX (anomimizacja dokonana przez Izbę) oświadczeń nie zostały przez Odwołującego przedstawione."*. W ocenie Izby powyższej tezy, która zapadła na gruncie odmiennego stanu faktycznego, nie sposób zastosować do tej sprawy odwoławczej. W okolicznościach tej sprawy Przystępujący wraz z wyjaśnieniami z 8 listopada 2024 r. nie złożył bowiem żadnych dowodów na poparcie twierdzeń wskazanych w wyjaśnieniach, odnoszących się do opisanych w pismach podjętych środków w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Jak wcześniej Izba wskazała, ich złożenie powinno być możliwe wraz z wyjaśnieniami. Jak wynika z treści tych dowodów, złożonych dopiero na etapie postępowania odwoławczego przez Izbą, powstały one w czasie przed złożeniem wyjaśnień z 8 listopada 2024 r. co każe domniemywać, że były one w posiadaniu Przystępującego, a zatem powinny być złożone wraz z wyjaśnieniami, co nie miało miejsca.

Dodatkowo, nie sposób pominąć, że jak wynika z doświadczenia życiowego, powszechną praktyką jest, że w przypadku zastrzeżenia w danym pliku/dokumencie/nośniku itd., informacji w nich zawartych tajemnicą przedsiębiorstwa, to taki plik/dokument/nośnik itd. podlega odpowiedniemu oznaczeniu. Izba wskazuje, że pliki stanowiące załączniki do każdego z pism z 8 listopada 2024 r. w Zadaniu nr 1, Zadaniu nr 2 i Zadaniu nr 3 nie zawierają żadnego oznaczenia wskazującego, że są tajemnicą przedsiębiorstwa ani w nazwie plików ani w treści po ich otwarciu.

Ponadto w ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosi się tylko do załączonych wraz z pismami z 8 listopada 2024 r. (złożonych dla każdego z trzech zadań) załączników, natomiast wątpliwym jest dla Izby, czy w ogóle dotyczy części III każdego z tych pism, co zdaje się dostrzega sam Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie str. 3.

Biorąc pod uwagę powyższe, odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ podniesiony w jego treści zarzut okazał się zasadny w świetle materiału dowodowego. W konsekwencji powyższego Izba nakazała udostępnienie dokumentów w zakresie wskazanym w sentencji orzeczenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:…….