Sygn. akt: KIO 4636/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 27 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Tarnów z siedzibą w Tarnowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „M." M.J. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „M." M.J. z siedzibą w Krakowie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2024 r. oraz w załącznikach do tego pisma, złożonych wraz z Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia;

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Tarnów, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowię tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Tarnów na rzecz wykonawcy FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 4636/24

U z a s a d n i e n i e

Gmina Tarnów (dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór
i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów", znak sprawy: IR:271.13.2024 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie"),
o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 września 2024 r., pod numerem: 573705-202 OJ S 186/2024.

W dniu 27 listopada 2024 r. zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „M." M.J. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „M." lub „przystępujący").

W dniu 9 grudnia 2024 r. przez wykonawcę FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. z siedzibą
w Tarnowie (dalej „FBSerwis" lub „odwołujący") zostało wniesione odwołanie. Odwołaniem objęto czynność zaniechania ujawnienia przez zamawiającego informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę M. oraz wobec wyboru oferty M., jako oferty najkorzystniejszej, w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenia przez M. poufności informacji dotyczących realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. dokumentu zatytułowanego jako „Wyjaśnienia" wraz z ewentualnymi załącznikami (jeżeli były - o czym odwołujący nie ma wiedzy) i tym samym zaniechanie ich ujawnienia odwołującemu, pomimo że wykonawca ten nie

wykazał zasadności uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,
w szczególności: (i) M. nie wykazał, aby podjął jakiekolwiek konkretnie działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji - przedstawił jedynie przyjętą w swoim przedsiębiorstwie politykę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazując jednak, aby miała ona zastosowanie konkretnie do informacji objętych zastrzeżeniem, ponadto jedynie ogólnikowo zapewnił o stosowaniu „technologii zabezpieczających bezpieczeństwo sieci informatycznej oraz o dostępie do informacji wąskiej grupy osób" (nawet nie wiadomo jakiej grupy, w jaki sposób wyselekcjonowanej); (ii) nie przedstawił żadnych dowodów
na potwierdzenie działań podejmowanych w celu zachowania poufności tych konkretnych, przedstawionych w postępowaniu informacji (poza tekstem ogólnej procedury przyjętej
w spółce - bez jakiegokolwiek wykazania, że przewidziane w tej procedurze rozwiązania rzeczywiście stosuje, a w szczególności że stosuje je w odniesieniu do tych konkretnych, zastrzeżonych w postępowaniu informacji; (iii) dokonał zastrzeżenia „Wyjaśnień" w sposób całościowy, tj. w zakresie całego tego dokumentu oraz jego załączników i wszystkich zawartych tam informacji, bez ich rozróżnienia na odrębne kategorie czy rodzaje informacji
i odrębnego wykazania ich wartości gospodarczej, co świadczy o braku dokonania przez tego wykonawcę jakiejkolwiek analizy odnośnie do tego, które konkretnie informacje i dlaczego posiadają wartość gospodarczą, a jednocześnie powoduje objęcie zastrzeżeniem informacji, które w oczywisty sposób żadnej wartości nie zawierały (a z całą pewnością w zastrzeżonym dokumencie się znalazły); (iv) nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, poprzestając na ogólnikowych twierdzeniach o tym, że: zastrzegane informacje są „związane z zasadami współpracy w ramach zawartej umowy konsorcjum, odpowiedzialności stron tej umowy oraz wzajemnych rozliczeń finansowych, a nadto bezpośrednio obrazuje sytuację materialną i finansową Wykonawcy, a także zawierają dokumenty poufne stanowiące wewnętrzne procedury organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy" - w żaden sposób nie precyzując wartości gospodarczej tychże informacji, w szczególności nie wyjaśniając, w jaki sposób ujawnienie tychże informacji przekładałoby się na możliwość poniesienia szkody przez M. lub osiągnięcie korzyści przez jego konkurentów; konkurenci mogliby wykorzystać przedstawione informacje do „próby potencjalnego eliminowania" go z innych postępowań nawet pomimo niezasadności takiej eliminacji (co nie świadczy o żadnej szczególnej wartości gospodarczej, bowiem jeśli faktycznie wykonawca nie podlegałby wykluczeniu, to żadnego zagrożenia w ujawnieniu tychże informacji nie ma, zatem tak rozumiane „zagrożenie" miałoby charakter czysto hipotetyczny, nie zaś realny, zaś wywodzenie wartości gospodarczej informacji z takiej okoliczności świadczy jedynie o tym, że jedynym celem zastrzeżenia informacji było uniemożliwienie konkurentom M. weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego w przedmiocie oceny przesłanki wykluczenia); informacje zawarte
w wyjaśnieniach przekładają się rzekomo na możliwość kalkulacji ceny ofertowej z uwagi
na możliwość uwzględnienia okoliczności związanych z realizacją poprzednich zamówień
- jednak nie wyjaśnił, jak konkretnie wykonawcy mogliby w oparciu o te informacje swoje ceny kalkulować - w szczególności mając na uwadze fakt, że mieliby oszacować własne koszty
(a nie koszty ponoszone przez M.) w zakresie innych zamówień (a więc w oparciu o zupełnie inne wymagania zamawiających oraz odmienne uwarunkowania faktyczne); (v) zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej innej, niż uniemożliwienie konkurentom M. weryfikacji prawidłowości decyzji w przedmiocie zaniechania wykluczenia M.
z postępowania.

Odwołujący, zarzucając powyższe, wnosił o nakazanie zamawiającemu ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez M. jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W tym samym dniu odwołujący złożył pismo pn. „Uzupełnienie/ sprecyzowanie wniosków odwołania" wskazując, że odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania ujawnienia przez zamawiającego informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez wykonawcę M. oraz wobec wyboru oferty M. jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 i 2. Wykonawca FBSerwis, w uzupełnieniu wniesionego odwołania sprecyzował, że zakresem wniosków (żądań) sformułowanych w odwołaniu jest również żądanie nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części I i II postępowania. Tym samym podnosząc sformułowane w odwołaniu zarzuty wnosił
o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części I i II zamówienia oraz ujawnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez M. jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 11 grudnia 2024 r. odwołujący w piśmie pn. „Uzupełnienie/ sprecyzowanie odwołania" wyjaśnił, że w odwołaniu omyłkowo została wskazana niewłaściwa nazwa i numer postępowania, którego odwołanie dotyczy. Mianowicie, odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone w postępowaniu na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z obiektów

i terenów publicznych Gminy Tarnów w 2024 r. nr referencyjny: GK.271.9.2024, jednocześnie jednak wskazując, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 września 2024 r. pod numerem: 573705-202 OJ S 186/2024, które to ogłoszenie dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Tarnów" - znak sprawy IR.271.13.2024. Mając na uwadze wskazaną niespójność odwołania wyjaśnił, że intencją odwołującego znajdującą odzwierciedlenie tak w treści odwołania, jak i w czynnościach towarzyszących jego wniesieniu, było wniesienie odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Tarnów - znak sprawy IR.271.13.2024 (tym, którego dotyczyło ogłoszenie o zamówieniu wskazane w treści odwołania).

Odwołujący wyjaśnił, że wadliwa nazwa postępowania wynikała wyłącznie z jego opracowywania na dokumencie elektronicznym, na którym pełnomocnik opracowywał i przygotował uprzednio wnoszone do Izby odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego. Pełnomocnik odwołującego, chcąc uniknąć potrzeby ponownego formatowania tekstu, korzystał z ustrukturyzowanych już informacji, przygotowanych na potrzeby ww. pisma procesowego, nie poprawił przy tym, ze zwykłej rutyny, danych postępowania (które dodatkowo miało zbliżoną nazwę do tego, w którym odwołanie faktycznie było wnoszone).

Izba rozpoznała odwołanie, biorąc pod uwagę treść wniesionych w postępowaniu odwoławczym pism, w zakresie w jakim odwołujący sformułował zarzuty i żądania.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „M." M.J. z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 17 grudnia 2024 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

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

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

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie w zakresie zadań 1 i 2 a jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu zapoznanie się z informacjami, które zostały zastrzeżone przez przystępującego jako tajemnica jego przedsiębiorstwa i ewentualnie zakwestionowanie prawidłowości oferty złożonej na pierwszym miejscu i tym samym otworzy drogę do uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odtajnienia informacji zastrzeżonych przez M. jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący miałby szansę zapoznać się z tymi informacjami, zakwestionować dokonany wybór, a w rezultacie otworzyłoby mu to drogę do uzyskania zamówienia, zawarcia umowy i osiągnięcia zysku z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ") jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów, z podziałem na 3 części: część I obejmująca sektor północno-wschodni, część II - sektor południowo zachodni, część III - sektor zachodni. Przedmiotem odwołania objęte są część I i II.

Pismem z 14 listopada 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 124 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia dokumentów, poprzez przedłożenie aktualnych

na dzień złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca M. w dniu 18 listopada 2024 r., odpowiadając na wezwanie przekazał żądane dokumenty, wśród, których zawarto: (1) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa
- 18 listopada 2024 r.; (2) Załącznik nr 1 do zastrzeżenia - Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei w JEDZ, część C dotycząca podstaw związanych
z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniem, w pozycji dotyczącej informacji czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą umową przystępujący zaznaczył „TAK" z adnotacją:Opis zawarty w informacji stanowiącej załącznik do JEDZ - załącznik stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. W pozycji opisanej: jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia również zaznaczono „TAK" z adnotacją: Opis zawarty w informacji stanowiącej załącznik do JEDZ. W treści JEDZ wykonawca M. potwierdził że nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd i oświadczył, że nie ma podstaw do wykluczenia z podstaw do wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym określone w stosowanym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia.

Izba ustaliła także, że w piśmie z 18 listopada 2024 r. zatytułowanym „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa" wykonawca M. oświadczył, że na zasadzie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje zawarte w piśmie wykonawcy
z dnia 18 listopada 2024 r. zatytułowanym „Wyjaśnienia" tj. w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w zakresie informacji dotyczących braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, wraz ze wszystkimi załącznikami do tegoż pisma. Ponadto oświadczył,
że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość treści i informacji zawartych
we wszystkich dokumentach wymienionych powyżej i tym samym, że żaden z ww. dokumentów nie może być przez zamawiającego udostępniony ani w całości, ani w części.

Uzasadniając swoje stanowisko w pierwszej kolejności przywołał definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.
o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK"). Ponadto wskazał, że zawarta w UZNK definicja tajemnicy przedsiębiorstwa jest zgodna z treścią tożsamej definicji wskazanej
w umowie międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, tzw. TRIPS
- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (Dz. U. z 1996 r., Nr 32, poz. 143).

Argumentował, że powszechnie przyjmuje się informację organizacyjną przedsiębiorstwa jako całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast inne informacje obejmują otwarty katalog całej pozostałej sfery działalności przedsiębiorcy o ile te posiadają wartość gospodarczą. Do tych innych informacji bez wątpienia zalicza się informacje związane z zawartymi kontraktami oraz wszelkimi okolicznościami związanymi z ich realizacją, tj. w szczególności skutkami gospodarczymi jakie niesie ze sobą realizacja danego kontraktu. Pojęcia te (informacje organizacyjne przedsiębiorstwa oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (por. M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, „Monitor Prawniczy" 2001, nr 22). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie.

Na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne, nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 176/13; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., V CSK 4444/06).

Nie budzi więc wątpliwości, iż dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 2 UZNK stanowi katalog o charakterze otwartym i to od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto zaznaczenia wymaga, że rola i znaczenie informacji we współczesnej gospodarce stale wzrasta. Informacja staje się dla wielu przedsiębiorstw poważnym narzędziem rywalizacji. Funkcja, jaką pełni informacja we współczesnym społeczeństwie jest nie do przecenienia. Stała się podstawowym zasobem wiedzy. Ma wpływ na

każdy proces i jest niezbędnym składnikiem w podejmowaniu każdej decyzji. Jest istotnym czynnikiem w osiąganiu przewagi konkurencyjnej i motorem wzrostu rozwoju.

Dalej odniósł się do zastrzeżonych jako tajemnica jego przedsiębiorstwa informacji, ujętych w piśmie z dnia 18 listopada 2024 r. zatytułowanym „Wyjaśnienia". Z uwagi na fakt,
że stanowią informacje poufne związane z zasadami współpracy w ramach zawartej umowy konsorcjum, odpowiedzialności stron tej umowy oraz wzajemnych rozliczeń finansowych,
a nadto bezpośrednio obrazuje sytuację materialną i finansową wykonawcy, a także zawierają dokumenty poufne stanowiące wewnętrzne procedury organizacyjne przedsiębiorstwa wykonawcy.

Wszystkie te informacje mają istotną wartość gospodarczą dla każdego przedsiębiorcy, bowiem wskazują na aktualną sytuację prawną oraz finansową wykonawcy, a także bezpośrednio decydują o możliwości uczestniczenia w kolejnych zamówieniach publicznych, a wejście w ich posiadanie przez konkurentów wykonawcy mogłoby się wiązać z określonymi negatywnymi konsekwencjami - jest bowiem rzeczą oczywistą, że w warunkach ścisłej konkurencji, jaka panuje na rynku zamówień publicznych w zakresie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych, przedsiębiorcy starają się wykorzystać każdą informację o przeciwniku związaną z realizowanymi przez niego aktualnie oraz historycznie kontraktami. Ewentualne problemy jakie może bowiem napotkać wykonawca w ramach realizowania konkretnego zamówienia publicznego, niezależnie od tego czy są zasadne czy też nie, do momentu ich całkowitego wyjaśnienia mogą posłużyć konkurencji
w dyskredytowaniu danego wykonawcy. Oczywistą konsekwencją takich działań jest próba potencjalnego eliminowania wykonawcy z kolejnych zamówień publicznych na podstawie przesłanek wynikających z prawa zamówień publicznych.

Powyższe przedkłada się również pośrednio na kalkulowanie ceny ofertowej, ponieważ nie ogranicza się ono wyłącznie do tego, aby zaoferować zamawiającemu cenę na poziomie wynikającym wyłącznie z indywidualnych możliwości i kosztów ponoszonych przez danego wykonawcę. W istocie konkurowanie przedsiębiorców w ramach składania ofert przetargowych i kalkulowania ceny ofertowej opiera się również na uwzględnieniu okoliczności związanych z realizacją poprzednich zamówień, szczególnie jeśli te czasowo wpływać mogą na pozycję danego wykonawcy na rynku. Co więcej, informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają dane dotyczące sposobu realizacji danego zamówienia, które mogą zostać wykorzystane przez konkurencję przy kalkulowaniu ceny
w kolejnych przetargach. Są to m.in. informacje na temat sposobu świadczenia usług, odbierania odpadów w zakresie logistyki, potencjału technicznego oraz osobowego.

W ramach utajnionych informacji zawartych w Wyjaśnieniach z dnia 18 listopada
2024 r. przystępujący wskazał również na szereg dokumentów wewnętrznych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dokumenty te obejmują wewnętrzną organizację przedsiębiorstwa wykonawcy i jako takie są przeznaczone wyłącznie do wiedzy osób zainteresowanych, a wykonawca ściśle przestrzega zasad komu te informacje są udzielane.

A zatem, informacje zawarte w Wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2024 r. mają wartość gospodarczą. Możliwość realizacji zamówienia w kontekście poprzednio realizowanych zamówień, w szczególności w przypadkach ewentualnych problemów z ich wykonaniem oraz możliwych konsekwencji w przyszłych zamówieniach spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa posiadającą wartość handlową i gospodarczą. Co więcej sposób realizacji zamówienia w formie umowy konsorcjum, a co za tym idzie wewnętrzne podziały oraz zależności konsorcjantów, ich odpowiedzialność oraz warunki finansowe, co
w konsekwencji przekłada się na sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementach składowych tej strategii, wskazują również na wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca podjął odpowiednie działania: została wprowadzona odpowiednia procedura, w szczególności w postaci wewnętrznych reguł w zakresie zapewnienia poufności, jak również zastosowano technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznej, celem ochrony tajemnicy wnioskodawcy. Co więcej, dostęp do przedmiotowych informacji posiada wyłącznie, wyraźnie do tego uprawniona, wąska grupa osób w przedsiębiorstwie wnioskodawcy, a osoby te zostały poinformowane o potrzebie ochrony informacji i złożyły stosowane oświadczenia, w treści których zobowiązały się
do zachowania tych informacji w poufności. Informacje zawarte w dokumentach związanych
z szeroko rozumianą realizacją kontraktów w ramach zamówień publicznych, nie są ujawnione przez wykonawcę nie tylko poza sferę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale nie są ujawnione wobec większości pracowników wykonawcy, a wyłącznie osobom niezbędnym
do przygotowania kompleksowej oferty. Ponadto wszyscy pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku
z zatrudnieniem. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem.

Nadto wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania odpowiednich postanowień zawartych w klauzulach poufności wprowadzonych do treści umów zawieranych przez wykonawcę z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami, kontrahentami oraz w szczególności z konsorcjantami w ramach realizacji zamówień publicznych. W związku z tym zarówno pracownicy wykonawcy, jak i podmioty zewnętrzne współpracujące z wykonawcą są zobowiązani do zachowania w poufności uzyskanych informacji tego rodzaju. Podkreślał przy tym, iż zgodnie z wcześniej powołanym wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00: tajemnica nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak chociażby pracownicy i robotnicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami (zastrzeżonymi przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa) zwykłą, prawnie dozwoloną drogą.

Zaznaczył, że ustawodawca w żaden sposób nie precyzuje form, jakie przybrać powinny działania przedsiębiorcy zmierzające do zachowania poufności. W konsekwencji nie budzi to zasadniczych wątpliwości, iż w kontekście art. 11 ust. 2 UZNK, postępowanie przedsiębiorcy oceniać należy przez pryzmat celu, który tej normie przyświeca. A mianowicie celem rzeczonej regulacji jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Z przepisów prawa nie wynika, jakim działaniom ochronnym muszą zostać poddane tajemnice przedsiębiorstwa, żeby można było traktować je jako poufne. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 444/06 wskazuje, iż ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć, pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań.

Pozyskanie kontraktu w ramach realizacji zamówienia publicznego jest w dużej mierze zależne nie tylko od ceny, ale również od warunków prawnych i finansowych wynikających z poprzednio zawartych umów o zamówienia publiczne, w szczególności jeśli umowy te wiążą się z konsekwencjami dla wykonawcy. Konsekwencjami, które z uwagi na silniejszą pozycję zamawiającego zostaną dopiero zweryfikowane i potwierdzone lub obalone w toku postępowania polubownego lub w ostateczności sądowego. W przekonaniu wykonawcy, jest to rzeczą oczywistą, że informacje handlowe, gospodarcze oraz inne, zgodnie z brzmieniem art. 11 ust. 2 UZNK, decydujące o uzyskaniu zamówienia w ogóle, jak również wpływające na skalkulowanie najkorzystniejszej ceny muszą mieć charakter poufny i posiadać przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

Informacje przekazane przez wykonawcę w zakresie ujętym w dokumencie: Wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2024 r. mają charakter poufny. Przekazanie tych informacji szerokiemu gronu podmiotów, w tym konkurentom wykonawcy mogłoby doprowadzić do ujawnienia gospodarczo istotnych informacji, związanych z realizacją poprzednich umów o zamówienia publicznego, a które to informacje są w trakcie wyjaśniania i muszą zostać zrewidowane przez stosowne Organy publiczne i Organy jednostek samorządu terytorialnego. Doświadczony wykonawca (a takimi są w szczególności konkurenci wykonawcy w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego) na podstawie pełnej treści Wyjaśnień z dnia 18 listopada 2024 r. złożonych przez wykonawcę oraz pełnej treści dokumentów stanowiących załączniki do ww. Wyjaśnień bez problemu mogą poznać nieuregulowaną sytuację związaną z możliwością braku udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, a także bezpośrednio wpływająca na kalkulację ceny ofertowej, co niechybnie doprowadzi do wyrządzenia szkody wykonawcy M..

Jak więc zostało to wykazane powyżej, informacje zawarte w treści dokumentu: Wyjaśnienia z dnia 18 listopada 2024 r., złożonego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w załączonych do niego dokumentach mają istotne znaczenie gospodarcze, a jednocześnie wykonawca podjął działania niezbędne do zachowania ich poufności.

Do przedmiotowych wyjaśnień został załączony dokument pn. Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa z dnia 3 stycznia 2022 r. obowiązująca w przedsiębiorstwie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „M." M.J..

Izba ustaliła, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu zastrzeżonych przez M. informacji, dokonał wyboru jako najkorzystniejszej w części I i II oferty przystępującego, o czym poinformował pismem z 28 listopada 2024 r.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdą zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp rie 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Z kolei art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, 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 tejże ustawy. 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.

Ponadto wskazać należy, 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 tą instytucję. 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 UZNK.
Co istotne, nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, ale konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji.

Ustawodawca nałożył zatem 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. Przy czym jeśli mowa jest
o wykazaniu, to nie chodzi tu o ogólne uzasadnienie, ale przedstawienie wyczerpującej
i pełnej argumentacji, która pozwoli uznać, że określone dane z jakiejś przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności. Powyższe wynika z ugruntowanego już orzecznictwa KIO, tak np. w wyroku z dnia 17 stycznia 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 zasługująca 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 podmiotu na rynku, w innych postępowaniach". Podobnie wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
i Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 87/21„Termin „wykazanie" oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego o spełnieniu przez zastrzegane przez niego informacje warunków utajnienia." Podobnie wypowiedział się ww. Sąd m.in. w wyroku z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 9/22, wskazując,
że: „Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem "wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania", co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji." (por. także m.in. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 i z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

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, wkraczają 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.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła
do przekonania, że analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzonego przez wykonawcę M. nie pozwala uznać, że zawarto w jego treści wystarczające argumenty potwierdzające, że zastrzeżonemu dokumentowi pn. „Wyjaśnienia", czy też zawartym w nim informacjom, należy przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący w złożonym uzasadnieniu pn.: „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa" ograniczył się do przywołania przepisów, które w jego ocenie znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie, przywołania poglądów orzecznictwa i doktryny, a także ogólnikowych twierdzeń wskazujących, że dokonane zastrzeżenie związane jest z tym, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach dotyczą zasad współpracy w ramach zawartej umowy konsorcjum, odpowiedzialności stron tej umowy oraz wzajemnych rozliczeń finansowych,
a ponadto bezpośrednio obrazują sytuację materialną i finansową wykonawcy i zawierają dokumenty poufne, stanowiące wewnętrzne procedury organizacyjne przedsiębiorstwa wykonawcy. Dalej wywodził, że takie informacje mają wartość gospodarczą dla każdego przedsiębiorcy, gdyż wskazują na jego aktualną sytuację prawną i finansową, zaś wejście
w ich posiadanie może powodować negatywne konsekwencje, służąc konkurencji
do dyskredytowania wykonawcy. Powyższe twierdzenia należy uznać za ogólnikowe,
z pewnością na ich podstawie nie sposób dojść do przekonania, że zawarty w Wyjaśnieniach opis zawiera informacje, które mają określoną wartość gospodarczą dla wykonawcy.

W omawianym stanie faktycznym przystępujący, oprócz opisywania jakie

to doniosłe znaczenie ma dla niego zachowanie w poufności informacji opisanych
w Wyjaśnieniach i twierdzeń, że w warunkach ścisłej konkurencji informacje te mają doniosłe znaczenie podczas ubiegania się o zamówienia publiczne, zaniechał szczegółowego omówienia wartości gospodarczej w odniesieniu do tego dokumentu, który przekazał w toku postępowania zamawiającemu i którego to zastrzeżenie tajemnicy dotyczy. Nie wykazał
w żaden sposób 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.

Nie sposób nie dostrzec, że wykonawca M. sam jest niekonsekwentny w swoich twierdzeniach, z jednej strony wskazując, że ocena treści Wyjaśnień powinna prowadzić
do wniosku, że brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania, z drugiej zaś jako jeden z argumentów przemawiających za tym, aby Wyjaśnień tych nie odtajniać podaje okoliczność, że inne, konkurujące z nim podmioty mogłyby z treści tych wyjaśnień powziąć informacje
o okolicznościach dotyczących opisywanego zdarzenia i, w konsekwencji domagać się wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jeśli jest tak, jak twierdzi M. i faktycznie brak jest podstaw do wykluczenia go z postępowania, nie istnieje ryzyko, że konkurujące z nim podmioty dowiedzą się o okolicznościach opisywanych
w Wyjaśnieniach. Tym samym wskazana argumentacja jest pozbawiona logiki i nie stanowi uzasadnienia dla zachowania powyższych danych w poufności.

Chęć utajnienia opisywanych okoliczności świadczyć może raczej w tym przypadku
o tym, że przystępujący zmierza do zachowania w poufności tych informacji, aby inni wykonawcy nie mogli podważać składanych przez niego wyjaśnień. Nawet gdyby tak było
w istocie i, po zapoznaniu się z nimi, inni oferenci wskazywaliby na konieczność wykluczenia M. z postępowania, to po pierwsze skoro M. twierdzi, że nie zaistniała wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania - nie ponosi żądanego ryzyka z tym związanego.
Po drugie zaś nie może to stanowić podstawy, aby pozbawić konkurencji możliwości zapoznania się z argumentacją M. i okolicznościami tej sprawy, a te zawarte są w złożonych Wyjaśnieniach. Trafnie wywodził w odwołaniu wykonawca FBSerwis, że przyjęcie argumentacji jaką prezentuje M. oznaczałoby, że każdą informację przedkładaną w toku postępowania można byłoby objąć tajemnicą przedsiębiorstwa powołując się na okoliczność, że konkurujący z danym oferentem wykonawcy mogą kwestionować przekazywane informacje czy prezentowane dane. Przecież zastrzeżenie informacji odnoszących się do posiadanego doświadczenia, potencjału kadrowego czy sprzętowego, analogicznie jak w tym przypadku, również chroniłoby wykonawcę przed kwestionowaniem tych informacji, jednak żaden podmiot ubiegający się o zamówienie z wyżej wymienionych powodów danych tych nie zastrzega. Przystępujący zdaje się zapominać, że to nie tylko zamawiający ma prawo i obowiązek weryfikowania podstaw wykluczenia, zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, ale też uprawnienie takie mają inni wykonawcy o to zamówienie się ubiegający. Nierzadko zdarza się bowiem tak, że konkurujące z wykonawcą podmioty szybciej i skuteczniej mogą pozyskać informacje o konkurencyjnym podmiocie niż sam zamawiający i zwrócić uwagę
na ewentualne nieprawidłowości. Chęć pozbawienia ich tej możliwości nie może stanowić przesłanki do utajnienia danych na temat prowadzonej działalności, a taki cel zdaje się przyświecać wykonawcy M., chcącemu zastrzec informacje o zdarzeniach, które miały miejsce przy realizacji zamówienia publicznego na rzecz innego zamawiającego.

Nie mogło też zyskać aprobaty Izby stanowisko przystępującego, który wykazując wartość gospodarczą zastrzeganych informacji twierdził, że zastrzeżone przez niego dane zawierające informacje na temat sposobu świadczenia usług, odbierania odpadów w zakresie logistyki, potencjału technicznego i osobowego mogą zostać wykorzystane przez konkurencję przy kalkulowaniu cen w kolejnych przetargach. Izba nie może odnieść się szczegółowo
do treści złożonych Wyjaśnień i załączników, jako objętych tajemnicą, jednakże ich treść
w żaden sposób nie prezentuje szczegółowo informacji, które wymienia M.. Wprawdzie
w treści Wyjaśnień pojawiają się pewne informacje na temat świadczonej wcześniej usługi, jednakże ta była realizowana dla innego zamawiającego, w innych warunkach rynkowych (inny opis przedmiotu zamówienia, wymagania dotyczące podmiotu świadczącego usługi, sposobu realizacji, metodologii kalkulacji itd.). Nie sposób zatem twierdzić, że wiedza pozyskana na ten temat przez konkurencję mogłaby w jakikolwiek sposób wpłynąć negatywnie na sytuację M. w kolejnych postępowaniach.

Izba zwróciła także uwagę, że Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez przystępującego nie

zostało w żaden sposób zindywidualizowane i odniesione
do konkretnych informacji przedstawionych w Wyjaśnieniach. Trudno nawet odnieść się
do tych ogólnych i gołosłownych twierdzeń przystępującego w sposób merytoryczny. Nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca M., poprzez odwołanie się do konkretnych stron czy akapitów, uzasadnił wartość gospodarczą konkretnych informacji zawartych w złożonych Wyjaśnieniach. Bez takiego odniesienia trudno nawet stwierdzić które z przedstawionych przez M. informacji są na tyle wrażliwe i kluczowe dla jego działalności, że ich ujawnienie wiąże się dla niego z tak negatywnymi konsekwencjami. Przedstawione Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do szeregu aspektów poruszonych w treści złożonych Wyjaśnień, ani też do załączonych do nich dokumentów. Samo tylko wskazanie,
że wolą wykonawcy jest zastrzeżenie całości informacji zawartych w Wyjaśnieniach
i załącznikach nie może być uznane za wystarczające, skoro jego dalsza treść nie jest skonkretyzowana i dostosowana do potrzeb przedmiotowego postępowania. Bez takiej konkretyzacji wszelkie twierdzenia o tym, że wykonawca w treści pisma przekazał szereg informacji wrażliwych, z jego punktu widzenia i tak istotnych dla jego obecnej i przyszłej działalności - należy uznać za gołosłowne.

Przy tym dostrzec należy także, że podejmując próbę wykazania wartości gospodarczej przekazywanych informacji, przystępujący nie wskazał nawet jaką to szkodę może ponieść w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Poprzestał na ogólnych deklaracjach, opartych głównie na jego przewidywaniach co do tego, że inni wykonawcy mogą wykorzystać tę wiedzę przy kalkulowaniu ceny ofertowej, nie wiążąc ich nawet z konkretnymi informacjami zawartymi w Wyjaśnieniach. Wydaje się, że przystępujący wiąże możliwość poniesienia potencjalnej szkody z samym faktem ujawnienia jego Wyjaśnień w sytuacji, gdy nie wykazał on, aby ujawnienie informacji tam zawartych faktycznie zagrażało interesom jego przedsiębiorstwa, w szczególności wpływało na pogorszenie jego sytuacji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Przystępujący poprzestał na ogólnikowych tezach o tym jakie zagrożenia płyną dla jego przedsiębiorstwa z tytułu powzięcia informacji

o okolicznościach związanych z realizacją wcześniejszego zamówienia, nie przedstawił jednak żadnej analizy dotyczącej tego, jak ujawnienie tych konkretnych informacji i zawartych

w załącznikach do tych wyjaśnień ma przekładać się na spadek jego pozycji konkurencyjnej.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby przystępujący nie wykazał jednej
z kluczowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - wartości gospodarczej informacji, które utajnił. Zamawiający zaś naruszył wskazywany przez odwołującego przepis ustawy Pzp, gdyż nie dokonał właściwej analizy przedstawionego przez wykonawcę M. uzasadnienia i dokonał oceny zastrzeżonych informacji w sposób nieprawidłowy, uznając
za skuteczne dokonane zastrzeżenie pomimo, że przedstawione uzasadnienie
nie wykazywało kumulatywnego spełniania wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w załączonym dokumencie, w którym zawarto uzasadnienie dla zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, M. nie wykazał w sposób dostateczny jakie środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeżonych informacji. W uzasadnieniu wykonawca wprawdzie szeroko opisywał jakie to działania podjął w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tj. została wprowadzona odpowiednia procedura, w szczególności w postaci wewnętrznych reguł w zakresie zapewnienia poufności, jak również zastosowano technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznej, celem ochrony tajemnicy wnioskodawcy. Dalej wskazywał, że dostęp do przedmiotowych informacji posiada wyłącznie, wyraźnie do tego uprawniona, wąska grupa osób w przedsiębiorstwie wnioskodawcy, a osoby te zostały poinformowane o potrzebie ochrony informacji i złożyły stosowane oświadczenia,
w treści których zobowiązały się do zachowania tych informacji w poufności. Informacje zawarte w dokumentach związanych z szeroko rozumianą realizacją kontraktów w ramach zamówień publicznych, nie są ujawnione przez wykonawcę nie tylko poza sferę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale nie są ujawnione wobec większości pracowników wykonawcy, a wyłącznie osobom niezbędnym do przygotowania kompleksowej oferty. Ponadto wszyscy pracownicy zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem. Nadto wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania odpowiednich postanowień zawartych
w klauzulach poufności wprowadzonych do treści umów zawieranych przez wykonawcę
z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami, kontrahentami oraz w szczególności
z konsorcjantami w ramach realizacji zamówień publicznych. W związku z tym zarówno pracownicy wykonawcy, jak i podmioty zewnętrzne współpracujące z wykonawcą są zobowiązani do zachowania w poufności uzyskanych informacji tego rodzaju.

Wskazać w tym miejscu należy, że powyższe uzasadnienie odnosi się jednak nie do środków i metod, które przystępujący podjął w celu zachowania w poufności informacji odnoszących się do okoliczności opisywanych w treści Wyjaśnień, ale stanowi opis działań, które przystępujący na co dzień podejmuje w swoim przedsiębiorstwie, aby chronić szeroko pojęte informacje. Z treści uzasadnienia nie wynika zatem w szczególności jakie to działania zostały podjęte w jego przedsiębiorstwie, aby chronić określone informacje dotyczące realizowanego przez niego wcześniej zamówienia, w związku z którym zaistniały wobec niego podstawy wykluczenia z postepowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca M. nie opisał i nie wskazał jaki krąg osób posiada w jego przedsiębiorstwie dostęp do tych danych i informacji i jakie w związku z tym podjął działania, aby to właśnie te osoby, które mają dostęp do wskazanych informacji zobowiązane zostały do zachowania ich poufności. W końcu nie opisał i nie wykazał, że to tych określonych danych dotyczą wskazane procedury
i zabezpieczenia.

Przy tak ogólnym opisie, jak to przygotował przystępujący nie sposób jest przesądzić, że wykonawca podjął w ogóle jakiekolwiek środki, celem zabezpieczenia informacji zawartych w Wyjaśnieniach.

Podkreślić też należy, że brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że powyższe zabezpieczenia czy środki ostrożności, są w ogóle stosowane w przedsiębiorstwie przystępującego. Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno z jednej strony polegać na złożeniu wyczerpującego uzasadnienia, z treści którego będzie wynikało dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, ale też w przypadku gdy wykonawca powołuje się na dane okoliczności, takie jak np. że zawiera stosowne umowy z pracownikami i kontrahentami, które zobowiązują ich do zachowania w poufności przekazywanych informacji, powinien ten fakt wykazać. Może w takim przypadku przedłożyć wyciągi z tych dokumentów, zawierające postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności, czy też podpisane przez pracowników oświadczenia o zachowaniu w poufności tych danych i informacji, które wykonawca w danym postępowaniu zastrzega. Jeśli, jak w tym przypadku, powyższego zabrakło, to wszelkie twierdzenia o tym jak przystępujący poddaje ochronie informacje
w swoim przedsiębiorstwie - należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadnymi dowodami.

Zaznaczyć przy tym należy, że za dowód taki nie sposób uznać dokumentu załączonego do Zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci „Polityki ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa z dnia 3 stycznia 2022 r.” Trafnie zauważył odwołujący,
że dokument ten to zbiór ogólnych reguł i zasad, które funkcjonują u większości przedsiębiorców, opisujący zasady dostępu, sposób oznaczania, przetwarzania
i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób tylko na jego podstawie wywieść w jaki konkretnie sposób zasady te mają mieć przełożenie na zakres informacji przekazanych zamawiającemu w Wyjaśnieniach. Dodatkowo w załączniku nr 1
do wyżej opisywanej Polityki, wymienionych zostało 12 kategorii informacji podlegających ochronie w przedsiębiorstwie, wśród nich próżno szukać informacji o uprzednio realizowanych przez wykonawcę umowach.

Izba zwraca także uwagę, że mając na uwadze okoliczności tej sprawy (M. przyznał, że poprzednio realizowane postępowanie było przez niego wykonywane w ramach konsorcjum) dokumenty wykazujące podjęcie tego rodzaju działań, przedstawiane jako dowody do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, powinny odnosić się
do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nawet bowiem gdy jeden z członków konsorcjum wdrożył stosowną politykę ochrony informacji, czy zawarł umowy o poufności z kontrahentami, to brak odpowiednich działań po stronie innego członka konsorcjum, który również ma dostęp do zastrzeżonych informacji, przeczy uznaniu, że podjęto dostateczne działania w celu utrzymania informacji w poufności przy dochowaniu należytej staranności. Analiza przedstawionych przez przystępującego dokumentów pozwala stwierdzić, że dotyczą one tylko jednego z członków konsorcjum (wyłącznie wykonawcy M.), co już samo w sobie świadczy o braku spełnienia przesłanki z art. 11 ust. 2 UZNK. Okoliczności, które miały miejsce podczas realizacji poprzedniego zamówienia, które
to zostały opisane w treści Wyjaśnień, są znane drugiemu wykonawcy, realizującemu umowę razem z przystępującym. Wobec tego brak wykazania, że również ten podmiot podjął działania mające na celu zachowanie informacji tam zawartych w poufności, przerywa sieć ochrony informacji.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wyjaśnieniach z dnia 18 listopada 2024 r. oraz w załącznikach do tego pisma w całości. Podkreślić należy bowiem, że zasady jawności
i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów

o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że dany wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7
ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,
ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r.,
poz. 2437).

Przewodnicząca:……..……