

Sygn. akt: KIO 1730/24

WYROK

Warszawa, dnia 11.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024 r. przez Odwołującego: **NDI S.A. z/s w Sopocie**(ul. Powstańców Warszawy 19, 811 718 Sopot) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach** (ul. Myśliwska 5, 40017 Katowice),

orzeka:

Oddala odwołanie;

Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **NDI S.A. z/s w Sopocie**(ul. Powstańców Warszawy 19, 81718 Sopot) i:

.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;

.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**(ul. Myśliwska 5, 40017 Katowice) kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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.

.....

Sygn. akt: KIO 1730/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2024r. przez wykonawcę: **NDI S.A. z/s w Sopocie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: **Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** prowadzący postępowanie: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78” (numer postępowania O/KA.D-3.2410.2.2023.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 listopada 2023 roku pod numerem 00715945-2023, numer wydania Dz.U. S: 227/2023.

Wykonawca podał: (...) wnosząc odwołanie wobec następującej czynności podjętej przez Zamawiającego:

(1) odtajnienia dokumentów i informacji przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2024 roku w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) poprzez odtajnienie dokumentów i informacji przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2024 roku w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty i informacje te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji powyższych:

(2) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

II. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) oraz b) Pzp wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w dokumentach i informacjach przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2024 roku w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

II. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

III. Na podstawie art. 573 Pzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie”.

Wykonawca podał: „Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem odtajnienie przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny może doprowadzić do poniesienia przez Odwołującego strat finansowych w toku aktualnej (w tym związanej z Postępowaniem) i przyszłej działalności biznesowej. Odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa może skutkować znacznymi utrudnieniami w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, w szczególności utrudnić nawiązywanie nowych relacji biznesowych lub utrzymania już istniejących. Odwołujący może więc bezpowrotnie utracić przewagę konkurencyjną, jaką do tej pory wypracował względem konkurencji działającej na rynku dla niego właściwym (na skutek m.in. skopiowania tych rozwiązań przez konkurencję). Wobec tego wskazane w odwołaniu czynności Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z przepisami prawa i zasadami prawa zamówień publicznych oraz ochrony konkurencji – prowadzą do rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Odwołujący bezspornie wykazał, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa bez wątpienia posiadają „wartość gospodarczą” oraz zostały podjęte względem nich odpowiednie środki celem ich ochrony przed dostępem osób trzecich, pomimo odmiennych, niczym niepopartych twierdzeń Zamawiającego, że jest inaczej. Jednocześnie, Odwołujący celem ochrony zastrzeżonych informacji musiałby podjąć dodatkowe, nieadekwatne jego zdaniem działania i środki celem ich dalszej ochrony, w sytuacji gdy już podjęte przez niego działania są wystarczające dla osiągnięcia tego celu. Z tego względu Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78”. W ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca zobowiązuje się m.in. do wykonania budowy obwodnicy drogi krajowej nr 78, budowy obiektów inżynierskich, budowy oświetlenia oraz wycinki kolidującej zieleni. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załącznikach do Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”). Są to prace o charakterze specjalistycznym, realizowane na bardzo konkurencyjnym rynku (co nota bene potwierdza liczba złożonych w Postępowaniu ofert).

2. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 24 listopada 2023 roku. Do upływu terminu składania ofert, który został wyznaczony na dzień 20 lutego 2024 roku, złożono łącznie 15 ofert (łącznie z ofertą Odwołującego).

3. W wyniku przeprowadzania czynności badania i oceny złożonych ofert Zamawiający w dniu 25 marca 2024 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym rażąco niskiej ceny („Wezwanie”). Odwołujący ustosunkował się do treści Wezwania w dniu 10 kwietnia 2024 roku, przedstawiając szczegółowe wyjaśnienia RNC oraz zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (łącznie „Wyjaśnienia”). Do pisma przedłożono ponad 19 załączników potwierdzających brak wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Odwołującego. W piśmie tym Odwołujący przedstawił również informacje na temat metodologii, jaką przyjął celem wyceny zobowiązania w ramach Postępowania. Składając Wyjaśnienia Odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp.

4. Odwołujący zastrzegając pewne pakiety informacji i załączników do Wyjaśnień zastrzegł wyłącznie te dane, które były niezbędne i konieczne dla ochrony jego interesu majątkowego i gospodarczego wskazując, że informacje te:

(a) mają charakter techniczny (i), technologiczny (ii) lub organizacyjny (iii);

(b) posiadają wartość gospodarczą,

(c) nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a Wykonawca podjął starania w celu utrzymania ich poufności.

5. Pismem z dnia 7 maja 2024 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu informacji i dokumentów przekazanych przez Odwołującego w ramach Wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek wymaganych przepisem art. 11 ust. 2 u.z.n.k., uprawniających go, na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp, do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich zastrzeżonych informacji. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał bowiem, że zastrzeżone przez niego dane posiadają wartość gospodarczą, w szczególności zaś że ich ujawnienie mogłoby osłabić jego pozycję rynkową.

6. Twierdzenie Zamawiającego są niczym nieuprawnione. Odwołujący wykazał bowiem, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą oraz zostały objęte adekwatną ochroną.

7. Poniżej Odwołujący ustosunkuje się do wadliwej argumentacji Zamawiającego, która skutkowałą odtajnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

II. Uzasadnienie prawne

II.1. Wstęp

8. Na samym wstępie Odwołujący podkreśla, że nie kwestionuje ogólnych wywodów Zamawiającego na temat tajemnicy przedsiębiorstwa ujętych w treści pisma z dnia 7 maja 2024 roku, w szczególności podkreśla, że ma świadomość, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a skorzystanie z zastrzeżenia przez wykonawcę danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłącznie wyjątkiem od reguły jawności przez co podmioty startujące w publicznych przetargach muszą się liczyć z tymi zasadami.

9. Uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi się natomiast wiązać z przyzwoleniem na ujawnienie wszelkich szczegółów swojej działalności. Reguła ta ukształtowana została przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i winna znaleźć pełne zastosowanie w analizowanej sprawie. Tytułem przykładu wskazać należy chociażby na wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r.[1], którym Trybunał stwierdza: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontrydiktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”. Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą.

10. Odwołujący poniżej zamierza odnieść się do podnoszonego przez Zamawiającego niewykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, jednocześnie koncentrując się na (podkreślanej przez Zamawiającego) kwestii wartości gospodarczej utajnianych informacji.

11. Pierwszym z obowiązków obciążających wykonawcę jest wykazanie wartości gospodarczej utajnianych informacji. Zamawiający uzasadniając tezę o braku wartości gospodarczej w informacjach przekazanych wraz z Wyjaśnieniami stwierdza m.in., że:

(a) „Zdaniem Zamawiającego Wykonawca w treści uzasadnienia nie wykazał, w czym upatruje obiektywnej wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeżonej informacji/dokumentu, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wykazał także, jaka konkretnie wiedza (które elementy zastrzeżonych informacji) i w jaki sposób może pozwolić konkurentom na kształtowanie ich polityki cenowej i jaki realny skutek może to wywrzeć na sytuację rynkową Wykonawcy”

(b) „Wykonawca w uzasadnieniu nie wykazał, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji / dokumentów oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Z uzasadnienia nie wynika w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami/informacjami. W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretnych obrazujących na przykład to w jaki negatywny sposób wykorzystanie przez podmioty konkurencyjne zastrzeżonych ww. zakresie informacji i dokumentów w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca powinien między innymi wykazać (a czego nie uczynił), że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego.”

12. Argument taki trudno jednak uznać za rozsądny. Cechą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest wyposażenie wykonawców w tożsamy katalog informacji pozwalający skalkulować porównywalne oferty. Podkreślić należy, że Odwołujący nie chroni założeń narzuconych przez Zamawiającego, lecz szczegóły wyceny przygotowanej w oparciu o te założenia. Zamawiający nie wskazał dlaczego odmawia przyznania wartości gospodarczej takim dokumentom jak np. oferty podwykonawców czy dostawców, które pozostają właściwe jedynie dla danego wykonawcy, co świadczy o tym, że nie dokonał żadnej pogłębionej analizy w tym zakresie. Dla Zamawiającego odtajnienie informacji prawnie chronionej jest działaniem, które nie musi być poprzedzone żadną głębszą refleksją – zawsze zdanie w tym zakresie może wyrazić Krajowa Izba Odwoławcza lub Sąd Zamówień Publicznych, który wykona te czynności w toku rozpoznawania danej sprawy „za” Zamawiającego.

13. Ponadto, zdaniem Zamawiającego: „Mając na uwadze treść i charakter zastrzeżonych w niniejszym przypadku dokumentów/informacji, należy przede wszystkim podkreślić, że cena w postępowaniu jest jawna. Zgodnie z art. 18 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Wśród elementów, które wymieniono w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, a które podlegają ujawnieniu (udostępnieniu) po otwarciu ofert wskazano „informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie to obejmuje również informacje o cenach jednostkowych przyjętych do wyliczenia ceny oferty. Cena oferty stanowi wynik dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji na potrzeby określonego zamówienia. Należy również zauważyć, że specyfika i

sposób realizacji zamówienia wynika z istotnych postanowień umownych oraz z opisu przedmiotu zamówienia (SWZ) dostępnego dla każdego wykonawcy”.

14. Zamawiający usiłuje zrównać omawianą kwestię do sytuacji, w której wykonawca zastrzegłby kosztorysy ofertowe. Taką sytuację rzeczywiście należy uznać za nieuzasadnioną, jawna jest bowiem nie tylko cena końcowa, ale również jej elementy składowe (na ten własne temat wypowiada się Izba m.in. w wyroku o sygn. KIO 1187/18). Tymczasem Wyjaśnienia zostały przez Odwołującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie dlatego, że zawierają cenę czy jej uszczegółowienie, ale z uwagi na to, że wskazują sposób, w jaki cena ta została skalkulowana, w tym szczególne (właściwe dla Odwołującego) okoliczności przemawiające za możliwością zaoferowania danej ceny.

15. Pogląd Zamawiającego o braku wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, w szczególności szczegółów wyceny dokonanej przez Odwołującego i zastrzeżonej przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie może się ostać także z tej przyczyny, że zastrzeżona przez niego szczegółowa kalkulacja stanowi istotę wartości zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa, której wartość należy rozpatrywać w kontekście ofert pozostałych wykonawców.

16. Odwołujący nie ma zamiaru kwestionować odtajnienia przez Zamawiającego niektórych informacji ujawnionych przez niego w ramach Wyjaśnień Niemniej, odtajnienie części z nich (dotyczących ofert podwykonawców, sposobu kalkulacji ceny, wewnętrznej metodologii ustalania ceny ofertowej, stawek wynagrodzeń pracowników Odwołującego lub dokumentów wewnętrznych, korporacyjnych obowiązujących u Odwołującego) miało charakter wybitnie bezrefleksyjny. Zamawiający nie ocenił wartości gospodarczej tych informacji w sposób prawidłowy, co zostanie wykazane w dalszej części pisma.

II.2. *Niezasadne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk*

17. Obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który obiektywnie pozwoli mu uznać, że informacje te zasługują na ochronę. Przy czym nie należy zapominać, że argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec. Zależać będzie więc chociażby od tego czy dany dokument już „na pierwszy rzut oka” niesie wrażliwą informację (jak np. kierowana do wykonawcy oferta podwykonawcy) czy może jest to dokument zwyczajowo jawny (jak np. wykazy przedstawiane zamawiającemu na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu).

18. O specyfice utajniania ofert podwykonawców (oraz kalkulacji będących pochodną tych ofert) Odwołujący wypowie się w dalszej części odwołania. W tym miejscu warto natomiast podkreślić, że zakres owego „wykazania” zależy od tego, jakich okoliczności dotyczy. Otóż wykazanie np. podjęcia odpowiednich działań w przedsiębiorstwie w celu utrzymania określonych informacji w poufności jest stosunkowo łatwe i w tym zakresie Zamawiający ma uzasadnione prawo oczekiwać złożenia konkretnych dowodów (wykonawca, o ile rzeczywiście takie działania podjął, nie będzie miał problemu z wykazaniem tego zamawiającemu). W odniesieniu do tej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. mamy zatem do czynienia z czymś więcej niż jedynie „uprawdopodobnieniem”. W tym zakresie bowiem wykonawcy winni wręcz „udowodnić” wykazywane okoliczności, nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiającemu przedłożono stosowne dowody odnoszące się np. do klauzul ujmowanych w umowach o pracę, wewnętrznych regulaminów, metod ochrony informacji itd. Gdyby więc w odniesieniu do tej przesłanki wykonawca jedynie „uprawdopodobniał”, niewątpliwie uznać należałoby, że nie sprostął wymogom „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

19. Odmienne należy natomiast ocenić dwie pozostałe przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Nie dotyczą one bowiem sfery formalnej, którą zrównać należy z podjęciem określonych czynności (jak okoliczność omówiona powyżej). W ich przypadku mamy bowiem do czynienia z okolicznościami negatywnymi, których wykazanie nie jest możliwe (nie da się bowiem udowodnić, że np. dana informacja nie trafiła do obiegu), względnie takimi okolicznościami, w przypadku których posłużenie się materiałem dowodowym nastrocza szeregu obiektywnych trudności.

20. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku wartości gospodarczej informacji. W rzeczywistości bowiem jednoznaczne ustalenie jej wartości możliwe byłoby dopiero, gdyby udało się porównać dwa hipotetyczne, równoległe stany. Po pierwsze ten, w którym chronione przez wykonawcę informacje (np. oferty podwykonawców) nie trafiają do obiegu i wykonawca może czynić z nich użytek na własne potrzeby. Po drugie ten, w którym informacje takie jednak zostają ujawnione i zniweczona zostaje przewaga rynkowa, którą wykonawca był w stanie dzięki nim wypracować. Dopiero w takim przypadku możliwe byłoby zmierzenie zakresu znaczenia gospodarczego takiej informacji. W takim przypadku możliwe byłoby również zaprezentowanie określonych dowodów (np. w postaci różnych ofert podwykonawców na ten sam asortyment lub okoliczności zaproponowania analogicznych warunków współpracy innym wykonawcom).

21. Dopóki jednak nie zaistnieje wspomniana powyżej negatywna okoliczność (w postaci ujawnienia informacji i spowodowania negatywnych skutków) nie będzie możliwe jednoznaczne „udowodnienie” wartości gospodarczej danej informacji, a jedynie jej „uprawdopodobnienie”.

22. Analogiczne stanowisko prezentują przedstawiciele doktryny: „Od charakteru i rodzaju informacji oraz innych

okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy będzie natomiast zależało to, czy dla „wykazania” wystarczy jedynie wyjaśnienie z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów”.

23. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 kwietnia 2018 roku (sygn. KIO 637/18), dążąc do rozszyfrowania pojęcia „wykazanie” posługuje się analogią do pojęcia „wykazania” spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stąd zasadne, zdaniem Izby, jest odniesienie się do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia². Otóż „wykazanie”, o którym mowa w tym akcie prawnym sprowadza się do złożenia oświadczenia oraz poparcia go stosownymi dowodami. Zatem wtedy, gdy wykonawca wykazuje, że podjął określone działania w celu zachowania informacji w poufności, jego obowiązkiem jest posłużenie się dowodami.

24. Podsumowując ten wątek, uznać należy, że obowiązkiem wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu określonych informacji jest:

- (a) złożenie oświadczenia o zastrzeżeniu ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- (b) wykazanie, tj. uprawdopodobnienie, że informacje te stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą;
- (c) o ile to możliwe, poparcie tych twierdzeń stosownymi dowodami.

25. Jak zostanie wykazane poniżej, Odwołujący sprostą tym wymaganiom, zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, informacje załączone do Wyjaśnień nie powinny zostać odtajnione.

II.3. Przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa

26. Zakres wykazywanych przez wykonawcę informacji jest pochodną brzmienia art. 11 ust. 2 Uznk. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

- (a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;
- (b) informacja 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;
- (c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

27. W pierwszej kolejności omówienia wymaga kluczowa przesłanka użyta przez ustawodawcę w art. 11 ust. 2 Uznk, jaką jest wartość gospodarcza informacji. Odwołujący podkreśla, że katalog informacji, które zawierać mogą wartość gospodarczą z punktu widzenia wykonawcy jest katalogiem otwartym. Zatem to jedynie wykonawca (jako podmiot domagający się ochrony określonych informacji) jest w stanie właściwie ocenić czy istotne jest dla niego utajnianie określonych dokumentów. Jeśli uzna, że dany dokument zawiera cenną dla niego informację mającą wartość gospodarczą, obowiązkiem jego jest okoliczność tę uprawdopodobnić w wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu. Dotyczy to w szczególności ofert podwykonawczych.

28. Poniżej Odwołujący wykaże, dlaczego poszczególne informacje (pakiety danych) nie powinny zostać odtajnione przez Zamawiającego w żadnym wypadku, z uwagi na kumulatywne spełnienie się ww. przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

29. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący podjął czynność, których celem było uniemożliwienie osobom postronnym zapoznania się z treścią przedłożonych informacji.

30. Zdaniem Zamawiającego: „Wykonawca nie wykazał także, jakie szczególne środki zostały przez niego podjęte w celu ochrony przedstawionych dokumentów / informacji jako tajemnicy. Wykonawca nie przedstawił w tym zakresie żadnego wiarygodnego dowodu. Już tylko z tego powodu w ocenie Zamawiającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę można uznać za nieskuteczne. Oceniając przedłożone wyjaśnienia w tym zakresie należy podkreślić, że same oświadczenia, czy deklaracje, nie stanowią wykazania, że w stosunku do określonych dokumentów/informacji rzeczywiście została zachowana poufność. Ponadto wykazane powinno zostać chronienie danej informacji / dokumentu jako wyjątkowej, a nie poprzez ogólne opisanie, jakie procedury zabezpieczające są stosowane u Wykonawcy”.

31. Powyższe dobitnie potwierdza, że Zamawiający nie dokonał analizy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odtajnając Wyjaśnienia sporządzone przez Odwołującego „z automatu”. W pkt III (str. 9 Wyjaśnień) przywołano cały konglomerat dokumentów i okoliczności, który świadczy o zachowaniu względem ww. informacji ścisłej poufności, co Zamawiający w zupełności zdaje się ignorować. Świadczy to wyłącznie o braku zachowania przez niego należytej staranności. Ocena Zamawiającego w zakresie braku spełnienia ww. przesłanki jest w sposób oczywisty wadliwa i nie może się ostać w niniejszym Postępowaniu.

32. Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby nie wykazał on spełnienia jednej z kluczowych przesłanek, która warunkuje skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie dokonał oceny treści

Wyjaśnień w tym zakresie – co z jednej strony potwierdza jego niedbałość, z drugiej zaś uniemożliwia jakąkolwiek polemikę z jego rozstrzygnięciem (w sferze merytorycznej).

33. Z Wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika bezspornie, że dostęp do informacji i dokumentów zastrzeżonych jako Tajemnica Przedsiębiorstwa jest ściśle limitowany i podlega ujawnieniu wyselekcjonowanym grupom osób (które uzyskują stosowne upoważnienia), co zostało potwierdzone za pomocą stosownych dowodów.

II.3.1. Oferty Podwykonawcze

34. Analizując treść pisma Zamawiającego z dnia 7 maja 2024 roku o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób znaleźć choćby wzmianki, dlaczego zdecydował się on na odtajnienie ofert podwykonawczych. Zamawiający w tym zakresie używa zwrotu >>podwykonawca<< wyłącznie na stronie 8 rzeczonego pisma, a następnie stwierdza (bez żadnego merytorycznego uzasadnienia), że przedłożone przez Odwołującego oferty (w tym te zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) nie posiadają wartości gospodarczej. Następnie przywołuje wyroki Izby, które wyjaśniają co należy rozumieć przez >>wartość gospodarczą<< jednakże bez wykazania, dlaczego dane informacje (nie dokumenty) zastrzeżone przez Odwołującego jej nie posiadają. Takie działanie potwierdza, że ocena złożonego przez Odwołującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa była tak naprawdę fikcyjna, sporządzona o stosowane przez Zamawiającego wzorce.

35. Wskazania w tym miejscu wymaga, że orzecznictwo zarówno Izby jak i sądów powszechnych odnoszące się do zastrzegania w tajemnicy ofert podwykonawców kładzie główny nacisk nie na sam charakter i znaczenie takich ofert, lecz na środki, które wykonawca przedsięwziął w celu ich ochrony. Otóż jak wskazano powyżej powszechnie przyjmuje się, że oferty podwykonawców niosą określoną wartość gospodarczą. Warto również wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 czerwca 2019 roku: „(...) w ocenie Sądu Okręgowego tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, źródła dostaw, ceny materiałów, rabaty), informacje o podwykonawcach, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych, rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków, to bowiem stanowi zbiór danych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, stanowiąc know-how przedsiębiorcy, wpływający na sposób budowania jego oferty. Dane te mają zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży (...).” W dalszej części tego orzeczenia SO koncentruje się na kluczowym elemencie dotyczącym poprawności zastrzeżenia dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa, jakim jest „przedsięwzięcie czynności w celu ich ochrony, w tym poprzez właściwe wykazanie ich podjęcia”. To właśnie na tym polu wykonawca może podjąć określone środki, które powinny być wykazane i udowodnione.”

36. Na znaczenie klauzuli poufności wskazują także przedstawiciele doktryny (za wyrokiem KIO z 24 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1550/18) – S. Sołtyński (Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. prof. dr hab., Janusz Szwaja, wyd. III, 2013): „Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy (przedsiębiorcę) stanowi również dowód dokonania przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy.”

37. Oferty podwykonawcze przedłożone przez Odwołującego zostały, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, oznaczone klauzulą poufności przez samych podwykonawców, tak przykładowo: załącznik nr 10, załącznik nr 11, załącznik nr 12 oraz załącznik nr 13. Potwierdza to dodatkowo, że działania Zamawiającego związane z odtajnieniem informacji i dokumentów złożonych przez Odwołującego były przeprowadzone w sposób niestaranny i bezrefleksyjny.

38. Ujawniane przez Odwołującego informacje to oferty podwykonawców i dostawców. Odnosząc się do wartości gospodarczej tych informacji Odwołujący wskazał w treści Wyjaśnień m.in., że:

(a) znaczna część informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zostało opartych o dane uzyskane od partnerów biznesowych Wykonawcy. Wykonawca w większości zobowiązał się wobec tych podmiotów do zachowania poufności, co bezpośrednio zobowiązuje go do zachowania wszelkich uzyskanych od jego partnerów biznesowych danych (w tym cen) w ścisłej tajemnicy i nie udostępniania ich innym podmiotom (poza udostępnieniem Zamawiającemu i wyłącznie w celu wyjaśnienia ceny oferty Wykonawcy).

(b) Ponadto należy zaznaczyć, iż niektóre oferty podwykonawców, które są w załącznikach do wyjaśnień zostały przez drugą stronę (oferenta) również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z tym opatrzone klauzulą poufności. Należy jednoznacznie stwierdzić, że informacje dotyczące współpracy między Wykonawcą, a konkretnymi podmiotami trzecimi, same w sobie mają wartość gospodarczą, bowiem uzyskanie przez konkurentów wiedzy o partnerach handlowych pozyskanych przez Wykonawcę pozwala owym konkurentom na nawiązanie współpracy z tymi samymi podmiotami w podobnym obszarze gospodarczym. Co więcej, dane te stanowią istotną informację o zakresie działalności i potencjale NDI.

39. Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy podkreślenia wymaga, że Odwołujący wykazał, że oferty podwykonawców czy dostawców, adresowane do niego, będące odzwierciedleniem wieloletniej obecności na rynku,

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro bowiem Odwołujący pozyskał korzystne, konkurencyjne oferty podwykonawców i dostawców, umożliwiające złożenie najkorzystniejszej cenowo oferty, to oczywiste jest, że ma prawo doszukiwać się zagrożenia dla swoich interesów w przypadku uzyskania szczegółów tych ofert przez konkurentów. Konkurencyjni wykonawcy, rywalizujący z Odwołującym na tym samym rynku, o te same zamówienia, będą bowiem dążyć w relacjach z tymi podwykonawcami do pozyskania analogicznych warunków współpracy. Widać zatem, że brak zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez podwykonawców jest okolicznością niemającą znaczenia z punktu widzenia wykonawcy.

40. Jednocześnie, podwykonawcy którzy złożyli Odwołującemu oferty zastrzegali, że przedłożone przez nich dane i wyceny są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Podwykonawcy i nie mogą ulec ujawnieniu. Do tej okoliczności Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się w treści pisma „Odtajnienie” z dnia 7 maja 2024 roku. Co ewidentnie stanowi potwierdzenie, iż Zamawiający nie przeanalizował treści „Wyjaśnień” oraz samą informację zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, które Wykonawca przedłożył wraz z pismem wyjaśniającym.

41. W tym miejscu należy nadmienić, iż Odwołującym spotkał się wielokrotnie wcześniej (w innych postępowaniach) z praktyką u tego Zamawiającego, iż oferty podwykonawców zawierające „klauzulę o zachowaniu w poufności” nie były odtajniane.

42. W świetle przywołanego powyżej orzecznictwa Izby uprawdopodobnia to dodatkowo, że informacje zawarte w tych ofertach są na tyle istotne i wrażliwe, że winny zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

43. Uzasadniając niewykazanie przez Odwołującego istnienia wartości gospodarczej ofert podwykonawczych Zamawiający (poza przytoczeniem obszernego, bezspornego orzecznictwa KIO) stwierdził, że wadliwość uzasadnienia sprowadza się do tego, że z zastrzeganych dokumentów nie wynika, aby Odwołujący wykazał, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą.

44. Odnosząc się do wartości gospodarczej ofert podwykonawców Przystępujący podkreśla zatem, że:

(a) treść tych ofert jest właściwa jedynie dla relacji Odwołujący – podwykonawca / dostawca (oferty te skierowane są do Odwołującego);

(b) treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji;

(c) ujawnienie ofert mogłoby negatywnie skutkować dla relacji z innymi podmiotami;

(d) oferty podwykonawców i dostawców w najdalej idący sposób wpływają na możliwość wywiązania się z wykonania zamówienia (determinują kluczowe aspekty realizacji zamówienia).

Wymaga podkreślenia, iż na te okoliczności wskazywał Odwołujący w swoim piśmie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa złożonym wraz z Wyjaśnieniami.

45. Ponadto, co pomija milczeniem Zamawiający, w orzecznictwie Izby powszechnie akceptuje się utajnianie ofert podwykonawców. Odwołujący nie twierdzi, że okoliczność ta zwalnia go z obowiązku w zakresie rzetelnego wykazania ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k, niemniej jednak stanowi argument przemawiający za tezą o ujęciu w takich ofertach wartości gospodarczej. W tym miejscu Odwołujący wskazuje na następujące, przykładowe orzeczenia:

– „Informacja o danym rynku podwykonawców i zasadach współpracy z tymi kontrahentami na zasadzie indywidualnych negocjacji, wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia działalności tego wykonawcy” (wyrok z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. KIO 69/20);

– „Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum”[3];

– „Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, (...) na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty (...) Te informacje wskazują na rynki zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów.”[4];

– „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 K. S.A. od wielu lat narażałoby wykonawcę K. S.A. 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"[5].

46. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący względem ofert podwykonawczych wykazał, że posiadają one wartość gospodarczą, która uzasadnia objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Odtajnienie tych informacji (a tym samym przekazanie do wiadomości konkurentom Odwołującego) może mieć negatywny wpływ na sposób prowadzenia przez Odwołującego działalności gospodarczej i uzyskania w przyszłości podobnych zamówień lub nawiązania relacji biznesowych z tymi lub innymi podwykonawcami. Okoliczność ta nie może w żaden sposób być bagatelizowana przez Zamawiającego, tak jak ma to miejsce w niniejszej sprawie.

II.3.2. Metodologia kalkulacji ceny ofertowej

47. Zamawiający przedstawił podobną argumentację w zakresie odtajnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie dotyczącym kalkulacji własnej Odwołującego, przygotowanej na potrzeby złożenia oferty i ujawnionej w związku z wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający również i w tym wypadku twierdzi, że Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej ww. informacji, a także nie wykazał, aby ich ujawnienie osłabiłoby jego pozycję rynkową. Twierdzenia te nie znajdują jednak potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym.

48. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny, poprzez poznanie know-how wykonawcy, metodologii konstrukcji ceny oferty etc.

49. W ocenie Odwołującego wartości liczbowe, kalkulacje, przyjęte założenia oraz dane ujęte w kalkulacji cenowej stanowią >>wartość gospodarczą<<, którą na obecnym etapie kwestionuje Zamawiający. Odwołujący poprzez opisanie jakie znaczenie mają dla niego zastrzeżone informacje, zawierające dane liczbowe oraz założenia, dokonuje wykazania ich wartości gospodarczej. Stanowisko takie nie jest subiektywnym poglądem Odwołującego, a Krajowej Izby Odwoławczej, która stwierdza, że o wartości gospodarczej zastrzeganych danych przesądzają właśnie wykazane koszty prac projektowych czy wykonawczych.

50. Przykładowo w wyroku z 20 grudnia 2022 r., o sygnaturze akt KIO 3227/22, Izba orzekła, iż: „O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt wykonywanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie wymaga wykazania określonej kwotowo wartości zastrzeżonej informacji, irrelevantne z punktu widzenia zasadności zastrzeżenia jest wykazania czy jej wartość jest wysoka czy niska. Istotne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.”

51. Tym samym przez obowiązek wykazania wartości gospodarczej nie należy rozumieć jedynie jako obowiązek jej skonkretyzowania w postaci wskazania określonej kwoty, ale także jako opisanie znaczenia danych informacji dla przedsiębiorcy działającego w obrocie gospodarczym. Po drugie samo wskazanie wartości gospodarczej jako kwoty jest niejako niemożliwe czy też byłoby zabiegiem sztucznym. W ocenie Odwołującego odtajnienie zastrzeżonych informacji wpływa na obniżenie pozycji rynkowej przedsiębiorcy i utratę nieokreślonej liczby kontraktów, a także utratę zaufania partnerów biznesowych. Analogicznie jak przy ofertach podwykonawców, Odwołujący wskazywał w swoim piśmie na ww. okoliczności jako uzasadnienie dla zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

52. Ponadto, warto zwrócić uwagę w tym kontekście na wyrok Izby z dnia 17 stycznia 2022 roku (KIO 3730/21, KIO 3732/21) – Izba oddaliła obydwa odwołania stwierdzając wykazanie wszystkich przesłanek utajnienia. W szczególności, w stosunku do wartości gospodarczej podniosła, że na gruncie art. 18 ust. 3 Pzp, czy art. 11 ust. 2 u.z.n.k. nie jest istotne czy wartość informacji jest wysoka, czy niska. Nie ma znaczenia, czy wynosi 1000 zł, czy 1 000 000 zł. Warunkiem jest możliwość przypisania określonej informacji jakiegokolwiek wartości gospodarczej. A contrario, nie podlegają ochronie jedynie informacje bezwartościowe. Izba wskazała również, że zastrzeżenie tajemnicy ma na celu ochronę danych kluczowych z punktu widzenia przygotowania najkorzystniejszej oferty w takich postępowaniach jakie prowadzi zamawiający. Uzyskanie dostępu do warunków na jakich jeden wykonawca nabywa niezbędne towary i usługi na potrzeby realizacji zamówienia może spowodować, że w przyszłości nie będą one dla niego dostępne lub też będą dostępne również dla jego konkurentów. W rezultacie spowodują, że wykonawca nie będzie konkurencyjny w kolejnych przetargach. Dlatego też Odwołujący słusznie wartość tę upatrywało w przybliżonym zysku z przedmiotowego zadania, w oparciu o wyczerpanie zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach.

53. Rzetelna, pogłębiona analiza Wyjaśnień powinna prowadzić Zamawiającego do wniosku, iż zastrzeżone informacje wyczerpują wszystkie przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, zastrzeżone informacje obejmują szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym wskazujący na przyjętą przez potencjalnego wykonawcę metodologię jej wyczerpania, sposób wykonania zamówienia, organizację, założenia i szeroko pojęty know-

how – stanowiący o konkurencyjności Odwołującego na danym rynku. Ujawnienie informacji dotyczących złożonych wyjaśnień i załączonych dokumentów, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysowych, umożliwiłoby nie tylko poznanie metodologii i sposobu działania przez pozostałych przystępujących w niniejszym postępowaniu, ale również i ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne podmioty poziomu cen Odwołującego w przyszłych przetargach – poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie w celu uzyskania zamówienia, prowadząc do obniżenia pozycji Odwołującego na rynku – a na co wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, a co zdaje się całkowicie pomijać Zamawiający.

54. W treści Wyjaśnień Odwołujący wyraźnie zastrzegł, że „W/w informacje same w sobie stanowią informację handlową i mają samodzielną i obiektywną wartość gospodarczą wymagającą ochrony. Informacje te dotyczą bowiem wprost sposobu kalkulacji ceny wskazanej w ofercie. Są to informacje dotyczące poszczególnych kosztów, jednak nawet ten fakt nie pozbawia ich waloru istotności. Każda informacja o koszcie/planowanych wydatkach za określony zakres stanowi ważną informację dla konkurencji, której wykorzystanie może doprowadzić do utraty przez Wykonawcę przewagi konkurencyjnej (w tym również w kolejnych postępowaniach). Bezsporne jest zatem, że elementy składowe ceny (uznanej za najkorzystniejszą) pokazują sposób budowania oferty, co stanowi wymierną wartość handlową i gospodarczą.”

55. Jak wykazano powyżej stanowisko takie wynikało z analizy orzecznictwa Izby, którym kierował się Odwołujący przy sporządzaniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jego argumentacja w tym zakresie jest logiczna i spójna, nie sposób na jej podstawie stwierdzić, że nie wykazał on wartości gospodarczej zastrzeżonych przez siebie informacji.

56. Wypracowany, chroniony model kalkulacji (kontakty, ceny, podwykonawcy, rabaty itd.) nie ma z pewnością charakteru jednorazowego. W rezultacie, w razie ujawnienia krytycznych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest bardzo wysokie oraz istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez tego Zamawiającego, a szkodą, która wystąpi. To zapatrywanie jest również w pełni aktualne. Ujawnienie wewn. systemu kształtowania cen Odwołującego implikuje automatycznie konieczność jego ponownego wypracowania i poczynienia nakładów z tym związanych. Te koszty stanowią szkodę rzeczywistą wykonawcy. Ponadto rodzą wysokie prawdopodobieństwo utraty konkurencyjności Odwołującego w kolejnych postępowaniach, a w konsekwencji zmniejszenie przychodów i zysków. Odwołujący podkreśla przy tym, że warunkiem istnienia Odwołującego na tak wymagającym rynku jest pozostanie konkurencyjnym, czemu służyło zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, chronione skutecznie przez tyle lat.

57. Z tego też względu jako tajemnica przedsiębiorstwa zostały również zastrzeżone przez Odwołującego dokumenty, które mają charakter korporacyjny i dotyczą wewnętrznych polityk Odwołującego jako podmiotu prawa handlowego. Do takich dokumentów należy zaliczyć m.in.:

- (a)Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2);
- (b)Zasady Bezpieczeństwa (Załącznik nr 8.13.2.1);
- (c)Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.);
- (d)Oświadczenie bezpieczeństwa użytkowania zasobów IT w NDI (załącznik nr 8.13.2.5.),

58. W zakresie ww. dokumentów Odwołujący w treści Wyjaśnień wyraźnie wskazał, że:

„Ujawnienie tych wypracowanych wewnętrznie przez Wykonawcę procedur i zasad niesie za sobą ryzyko obejścia przyjętych przez NDI zabezpieczeń. Jednocześnie Wykonawca pragnie z całą mocą podkreślić, iż wyżej wymienione dokumenty są nowymi procedurami, regulaminami i oświadczeniami, które z dniem 26 stycznia 2024 r. zaczęły być wprowadzane w Grupie NDI (i obecnie już w pełni obowiązują). Wobec czego Wykonawca wskazuje, iż zostały uchylone wcześniejsze wewnętrzne procedury w tym zakresie.”

59. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący również i w tym zakresie wykazał, że ww. dokumenty posiadają wartość gospodarczą, mają swoje umiejscowienie w ramach panującego w spółce ładu korporacyjnego oraz stanowią informacje (z natury rzeczy) poufne, które nie powinny być bezrefleksyjnie udostępniane podmiotom trzecim, co ma miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający w tym zakresie nie zważał na jakiegokolwiek okoliczności – kierując się rzekomo nadrzędną zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – która sama w sobie nijako ma go „zwalniać” z obowiązku rozważenia poszczególnych informacji pod kątem tego, czy posiadają one walory pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z takim automatycznym, bezrefleksyjnym działaniem nie sposób się w żadnej mierze zgodzić. Przedmiotowe dokumenty nie powinny nigdy zostać ujawnione podmiotom trzecim.

II.3.3. Podsumowanie

60. Mając na uwadze powyższe należy ponadto stwierdzić, że Zamawiający zdaje się całkowicie nie dostrzegać, że pytania, które skierował do Odwołującego stanowią powiązaną ze sobą, funkcjonalną całość. Uznać zatem należy, że to właśnie przekazane w wyjaśnieniach informacje w ujęciu kompleksowym przedstawiają strategię Odwołującego zarówno w aspekcie cenowym, jak i przedmiotowym. Na zasadność utajniania tego typu informacji zwraca uwagę w swoim

orzecznictwie Izba: „Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej”[6].

61. Twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym Wyjaśnienia oraz załączniki do nich nie posiadają wartości gospodarczej i mają charakter indywidualny, uznać należy za nieuzasadnione. Szczegółowość informacji zaprezentowanych przez Odwołującego w rzeczonych Wyjaśnieniach pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że zawierają one informacje o metodologii, sposobie kalkulacji oraz właściwych jedynie dla niego okolicznościach, a zatem obejmują know-how wykonawcy. Jego ujawnienie niewątpliwie narazi go na niepowetowaną szkodę, co dodatkowo świadczy o wartości gospodarczej przedmiotowych informacji.

62. Podsumowując, Odwołujący wykazał, że stanowisko Zamawiającego wyrażone w Piśmie o odtajnieniu jest błędne. Odwołujący na etapie przedkładania Wyjaśnień sprostął wszystkim wymogom, które spoczywały na nim zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 Uznk. Stanowisko Zamawiającego jest oderwane od rynkowych realiów, poza szerokim przytoczeniem niekwestionowanego przez Odwołującego orzecznictwa KIO nie wskazuje bowiem na czym polegają rzekome niedopatrzienia Odwołującego (w szczególności odnoszące się do rzekomego niewykazania wartości gospodarczej oferty podwykonawców czy dostawców lub dokumentów wewnętrznych w zakresie stosowanych przez Odwołującego procedur).

63. Ponadto należy wskazać trzeba, że Zamawiający miał również możliwość odtajnienia części informacji, w sposób fragmentaryczny zastrzeżonych przez Odwołującego, czego nie uczynił, odtajnając bezrefleksyjnie całość dokumentów, a co może prowadzić do negatywnych konsekwencji związanych z pozycją Odwołującego na rynku.

64. Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ramach Wyjaśnień zostały zastrzeżone w sposób prawidłowy, a z treści uzasadnienia wynika, że Odwołujący wykazał (udowodnił) ziszczenie się wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

65. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że na Zamawiającym jako podmiocie profesjonalnym ciąży obowiązek zachowania należytej staranności przy odtajnieniu każdej, poszczegółnej informacji zastrzeżonej przez wykonawcę jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest tak, że taki szczególny obowiązek ciąży wyłącznie na Odwołującym, a Zamawiający jest tylko jego recenzentem. Wręcz przeciwnie, Zamawiający jest zobowiązany ocenić każdą jedną informację pod kątem tego, czy może zostać ona uznana za Tajemnicę Przedsiębiorstwa (warto zwrócić uwagę, że ochronie podlega informacja, a nie dokument jak błędnie twierdzi Zamawiający). Ostatecznie to na nim, jako gospodarzu Postępowania, spoczywa odpowiedzialność za prawidłowość podjętych czynności – nie może on tego ciężaru przerzucać na Krajową Izbę Odwoławczą, która niejako miałby go wyręczyć przy ocenie danych informacji w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa. Takie działanie jest nieuprawnione, na co zwróciła uwagę (temu konkretnemu Zamawiającemu) Izba w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1333/24, KIO 1335/24, KIO 1341/24. W ocenie Odwołującego orzeczenie to jest kluczowe dla oceny przedmiotowej sprawy, bowiem zapadło w analogicznym stanie faktycznym, w którym Zamawiający nie sprostął spoczywającym na nim obowiązkom związanym z możliwością odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Z powyższych względów odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden z wykonawców.

Zgodnie z pkt 4) pisma Zamawiającego z dnia 29.05.2024: „Kopia odwołania została przesłana Wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 20-05-2024 r. za pośrednictwem platformy zakupowej pod adresem: <https://gddkia.eb2b.com.pl>. W załączeniu wyciąg z wydruku z platformy zakupowej potwierdzający przesłanie informacji w ww. terminie”. Zatem termin na zgłoszenie przystąpień upłynął w dniu 3 czerwca 2024r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 4/06/2024 r.) podał: (...)

W ocenie Zamawiającego zarzuty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia w świetle stanu faktycznego i obowiązujących przepisów prawa, a w konsekwencji nie zasługują na uwzględnienie. Pismem z dnia 25.03.2024 r., Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm) zwanej dalej ustawą Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wyliczenia ceny oferty. Pismem z dnia 10.04.2024 r. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia, które podzielił na 2 części:

•część I - plik pn.: 1_Odpowiedź_cz. Jawna,

•część II - plik pn.: 2_Odpowiedź_cz. Tajna.

Wyjaśnienia zamieszczone w części II wraz z załącznikami do wyjaśnień zostały zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy tych dokumentów zostało zawarte w części I. Odwołujący zastrzegł: „(...) niżej wymienione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być

udostępniane w całości lub w części:

1. Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące oferty i zaoferowanej ceny – pismo nr L. dz. UPP IK/AK/1953/2024 z dnia 10.04.2024 roku – wersja tajna;
2. Wszystkie Załączniki do pisma wskazanego powyżej, to jest załączniki nr 1 do nr 19;
3. Załączniki do niniejszego pisma: 3.1. Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa, 3.2. Zasady Bezpieczeństwa (Załącznik nr 8.13.2.1) - tajemnica przedsiębiorstwa, 3.3. Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa, 3.4. Oświadczenie bezpieczeństwa użytkowania zasobów IT w NDI (załącznik nr 8.13.2.5.) - tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami (uzasadnieniem) Odwołującego w zakresie zastrzeżenia określonych informacji/dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz po dokonaniu ich szczegółowej analizy, stwierdził, że Odwołujący nie wykazał przesłanek zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich zastrzeżonych informacji/dokumentów. Na marginesie należy wskazać, że do podobnego wniosku przychyliła się również sam Odwołujący stwierdzając w treści odwołania, że: „nie ma zamiaru kwestionować odtajnienia przez Zamawiającego niektórych informacji ujawnionych przez niego w ramach Wyjaśnień (...)”.

W dniu 07.05.2024 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o tym, że postanawia odtajnić w całości dokumenty zastrzeżone jako tajemnica, przekazane przez Odwołującego pismem z dnia 10.04.2024 r. (tj. plik pn.: 2_Odpowiedź_cz. tajna) wraz z podaniem powodów, dla których Zamawiający dokonuje ich odtajnienia.

1. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w ściśle określonych sytuacjach. W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określono, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „UZNK”, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powyższego, ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy UZNK. 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. Co istotne, aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, wszystkie przesłanki określone ww. przepisie:

- 1) informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innym posiadająca 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.

- muszą być spełnione łącznie.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, kiedy okaże się, że choćby jedna z ww. przesłanek nie zostanie spełniona, to niezależnie od rodzaju informacji jakiej dotyczy, braku w takim uzasadnieniu obciążają negatywnymi konsekwencjami wykonawcę i skutkują odtajnieniem przedstawionych dokumentów/informacji przez Zamawiającego. Dodatkowo, zgodnie z art. 18 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Wśród elementów, które wymieniono w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp, a które podlegają ujawnieniu (udostępnieniu) po otwarciu ofert wskazano „informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. Nie ulega wątpliwości, że pojęcie to obejmuje również informacje o cenach jednostkowych przyjętych do wyliczenia ceny oferty. Cena oferty stanowi wynik dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji na potrzeby określonego zamówienia. Należy również zauważyć, że specyfika i sposób realizacji niniejszego zamówienia wynika z istotnych postanowień umownych oraz z opisu przedmiotu zamówienia (SWZ) dostępnego dla każdego wykonawcy. Jak wskazuje Odwołujący: „Zamawiający miał również możliwość odtajnienia części informacji, w sposób fragmentaryczny zastrzeżonych przez Odwołującego, czego nie uczynił, odtajniasz bezrefleksyjnie całość dokumentów, a co może prowadzić do negatywnych konsekwencji związanych z pozycją Odwołującego na rynku”. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które spośród szeregu informacji przedstawionych przez Odwołującego należy uznać za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość (tak m.in. wyrok KIO z dnia 01.03.2024 r., sygn. akt KIO 507/24). Zamawiający badając zasadność dokonanego zastrzeżenia nie może tej oceny dokonać w oderwaniu od argumentów przedstawionych przez

wykonawcę lub pomimo ich braku. Nie ulega wątpliwości, że ciężar wykazania wystąpienia wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa leży po stronie wykonawcy i powinien zostać zrealizowany w pełnym zakresie, jeżeli wykonawca chce, aby dokonane przez niego zastrzeżenie mogło być skuteczne. Wskazać w tym miejscu należy na wyrok KIO z dnia 16.04.2024 r., sygn. akt KIO 1022/24, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności”. Również w wyroku z dnia 03.02.2021 r., sygn. akt 20/21, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała - „Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”. Zamawiający nie kwestionuje jednocześnie, że w określonych okolicznościach faktycznych, pewne informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej skuteczność zastrzeżenia ich poufności warunkowana jest zawsze konkretnymi działaniami podjętymi przez podmiot informację tę zastrzegający. Nie ulega wątpliwości, że to na nim zgodnie z art. 6 KC spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie jako na stronie, która z powyższego zdarzenia wywodzi skutki prawne. Mając na względzie powyższe, stanąć należy na stanowisku, zgodnie z którym określona informacja może być zatem zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, o ile spełnione zostały obiektywne przesłanki przesądzające o uznaniu danej informacji jako możliwej do skutecznego objęcia dokonany przez wykonawcę zastrzeżeniem. Nie ulega wątpliwości, że samo przekonanie Odwołującego w tym zakresie nie jest i nie może zostać uznane za wystarczające do przyjęcia, że dana informacja może być skutecznie objęta dokonany przez wykonawcę zastrzeżeniem. Zwrócić uwagę należy na fakt, iż w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że w zakresie dot. zasadności bądź bezzasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa decydujące znaczenie ma jej uzasadnienie, tak m.in. wyrok KIO z dnia 07.06.2023 r., sygn. akt. 1463/23; wyrok KIO z dnia 15.12.2023 r., sygn. akt: KIO 3536/23; wyrok KIO z dnia 21.03.2024, sygn. akt 691/24.

Mając na względzie powyższe, dokonując analizy uzasadnienia przedstawionego przez Odwołującego, Zamawiający nie znalazł podstaw do uznania, że w stanie faktycznym sprawy wypełnione zostały łącznie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wynikające z art. 11 ust. 2 UZNK.

2. Przedstawiona przez Odwołującego argumentacja ma w ocenie Zamawiającego wyłącznie charakter ogólny, szablonowy i nie odnosi się w sposób zindywidualizowany do zastrzeganych informacji w niniejszym postępowaniu. Uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w części jawnej wyjaśnień, Odwołujący de facto ograniczył się do przytoczenia przepisów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, wybranych orzeczeń KIO oraz wskazał, że:

-(...) Informacje przedstawione we wszystkich dokumentach Wykonawcy, wymienionych na wstępie nin. pisma, co do których Wykonawca zastrzega, iż nie można ich udostępniać i obejmuje je niniejszym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo-organizacyjny oraz finansowy i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą (...);

-(...) Wykonawca oświadcza, że na rynku budowlanym w branży funkcjonuje identyfikowalny, powtarzalny krąg wykonawców. Należy też podkreślić, że mamy do czynienia z rodzajem robót o charakterze powtarzalnym i z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że dane (analogiczne) grupy robót będą wykonywane w kolejnych projektach. To oznacza, że ujawnienie danych wskazanych w odpowiedzi na Wezwanie Zamawiającego, mogłoby realnie doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej Wykonawcy w podobnych postępowaniach (...).

„ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach i dowodach załączonych do nich mogłoby zatem narazić Wykonawcę na poniesienie realnej i znacznej straty. Ujawnienie ww. informacji grozi poniesieniem realnej szkody przez Wykonawcę, poza szkodą opisywaną również szeroko poniżej w niniejszym piśmie, szkoda może oznaczać nieuzyskanie przez NDI także niniejszego zamówienia”

- „Istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy mają w szczególności informacje o możliwości pozyskania korzystnych warunków cenowych od jego podwykonawców i poddostawców (na konkretnym poziomie cenowym) oraz uzyskiwane ceny materiałów niezbędnych do wykonania zamówień, o których udzielenie ubiega się Wykonawca w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą”;

- Zastrzeżone dokumenty obejmują bowiem niezwykle doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych oferty, które mają dla Wykonawcy także wymiar uniwersalny (jest to know-how Wykonawcy, który pozwolił mu na złożenie Zamawiającemu oferty z najkorzystniejszą ceną).

Podkreślenia wymaga jednocześnie, że Odwołujący nie odniósł się szczegółowo w treści uzasadnienia do żadnego z ww. aspektów. Twierdzenia, o których mowa powyżej nie zostały przez Odwołującego w żaden obiektywny sposób uzasadnione ani poparte przedłożonymi Zamawiającemu dowodami na ich potwierdzenie. W ocenie Zamawiającego, wyłącznie ogólne twierdzenia Odwołującego nie odnoszące się w sposób szczegółowy do konkretnych dokumentów przedłożonych Zamawiającemu nie mogą być uznane za wykazanie spełnienia przesłanek, o których

ustawodawca mówi w art. 11 ust. 2 UZNK. Deklaracji takich nie można również uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia Wykonawcy ww. zakresie nie mogą zatem być traktowane nawet w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania podnoszonych twierdzeń.

Zauważyć należy, że twierdzenia tego typu uznać należy za twierdzenia standardowo powtarzane przez zdecydowaną większość wykonawców w postępowaniach przetargowych.

W konsekwencji powyższego, jeśli wykonawca (w tym przypadku Odwołujący) zaniecha odniesienia podnoszonych twierdzeń do konkretnych informacji zawartych w treści składanych Zamawiającemu wyjaśnień i nie wykaże w czym upatruje wartości gospodarczej konkretnych informacji, poprzestając jedynie na powielaniu wyłącznie ogólnikowych twierdzeń dot. ich rzekomej „wymiernej wartości gospodarczej” oraz „niezwykłej doniosłości z gospodarczego punktu widzenia dotyczącej poszczególnych czynników cenotwórczych oferty mających dla Wykonawcy także wymiar uniwersalny”, dokonane przez wykonawcę zastrzeżenia złożonych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może zostać uznane za skuteczne.

3. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w treści uzasadnienia nie wykazał także, w czym upatruje obiektywnej wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeżonych informacji/dokumentu, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wykazał również, jaka konkretnie wiedza (które elementy zastrzeżonych informacji) i przede wszystkim w jaki sposób mogą pozwolić konkurentom na kształtowanie ich polityki cenowej, czy jaki realny skutek może to wywrzeć na sytuację rynkową Odwołującego, czy też jak dokładnie ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie Odwołującego na rynku. Brak jest w wyjaśnieniach Odwołującego rzeczowego uzasadnienia wskazującego na istotę wartości przekazanych informacji i dokumentów.

4. Trudno w wyjaśnieniach Wykonawcy doszukać się również argumentacji odnoszącej się przykładowo do indywidualnych czy unikatowych rozwiązań związanych ze sposobem kalkulacji. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, wskazujących na to, że zastrzeżone informacje/dokumenty zostały opracowane w oparciu o indywidualne i niepowtarzalne założenia. Odwołujący nie wykazał, że stosuje określony unikalny system kalkulacji ceny, który uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów. W uzasadnieniu nie wykazano także istnienia związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca. Odwołujący ograniczył się w tym zakresie jedynie do ogólnego wskazania, że: „ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach i dowodach załączonych do nich mogłoby zatem narazić Wykonawcę na poniesienie realnej i znacznej straty. Ujawnienie ww. informacji grozi poniesieniem realnej szkody (...) szkoda może oznaczać nieuzyskanie przez NDI także niniejszego zamówienia”. Tego rodzaju ogólniki niewątpliwie mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Odwołujący wskazał wprawdzie że ujawnienie przedmiotowych danych mogłoby doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej w podobnych postępowaniach, niemniej jednak w przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretów odnoszący się do tego w jaki negatywny sposób wykorzystanie przyjętych przez Odwołującego rozwiązań dot. kalkulacji ceny czy też posiadana przez Odwołującego baza podwykonawców, w tym konkretnym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Odwołującego przez podmioty konkurencyjne w taki sposób, że jej skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Odwołujący powinien między innymi wykazać (czego nie uczynił), że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego, a nie że ma charakter wyłącznie hipotetyczny. Odwołujący nie wykazał również w jaki sposób inni wykonawcy mogliby realnie zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie innych korzyści dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi przez niego dokumentami/informacjami.

5. Odwołujący wbrew podnoszonym twierdzeniom nie wykazał w żaden sposób w uzasadnieniu dokonanego zastrzeżenia, że pozyskane przez ww. i przedłożone Zamawiającemu oferty innych podmiotów (dostawców/podwykonawców), celem złożenia oferty w niniejszym postępowaniu mają charakter zindywidualizowany. Zamawiający nie podziela stanowiska

Odwołującego, że względem ofert podwykonawczych zostało wykazane, że posiadają one wartość gospodarczą, ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnej obiektywnej argumentacji, która wyjaśniałaby, jak faktycznie ujawnienie tych informacji mogłoby wpłynąć na sytuację Odwołującego i zaszkodzić jego uzasadnionym interesom handlowym, a także czy i w jaki sposób ujawnienie tych informacji miałoby powodować umniejszenie jego przewagi konkurencyjnej.

Zauważyć należy również, że tylko część dołączonych do wyjaśnień ofert handlowych dostawców i podwykonawców opatrzona została klauzulą poufności (załącznik od nr 10 do nr 13). W konsekwencji już tylko z tego powodu zasadne jest stanowisko Zamawiającego wskazujące na wyłącznie ogólnikowy i blankietowy w swej istocie charakter dokonywanych przez Odwołującego zastrzeżeń przedmiotowych ofert. Zdaniem Zamawiającego dowodem zachowania poufności nie mogą być wyłącznie ogólnikowe oświadczenia dostawców/podwykonawców gdyż mają one walor jedynie oświadczeń własnych ww. podmiotów. Tym samym nie są wiarygodnym dowodem na to, że zastrzeżone informacje faktycznie są utrzymywane w poufności oraz mają szczególnie i zindywidualizowany charakter.

Dodatkowo należy zauważyć, że z treści oświadczeń dostawców/podwykonawców nie wynika nic, co nie byłoby zawarte

w samym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. nie zawierają one niczego innego poza kolejną ogólną deklaracją, że są poufne. Tak ogólnikowe deklaracje nie mogą, zdaniem Zamawiającego, stanowić dowodu rzeczywistego utrzymywania zastrzeżonych informacji w poufności.

W przypadku zatem, gdyby osoba nieuprawniona weszła w posiadanie przedmiotowych informacji to nie miałaby świadomości, że ma do czynienia z dokumentami, w których znajdują się jakiekolwiek informacje mające charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Już tylko z tego powodu w ocenie Zamawiającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Wykonawcę można uznać za nieskuteczne.

Zamawiający w pełni podziela jednocześnie stanowisko zawarte w wyroku KIO z dnia 15.05.2023, sygn. akt 1195/23, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała: (...) budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy (...) poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu. Jak trafnie wskazał zamawiający, takie ceny jednostkowe można porównać do cen z kosztorysu budowlanego, gdzie poznanie szczegółowych cen nie zagwarantuje każdemu wykonawcy możliwości ich uzyskania (bo przykładowo wynikają z posiadania długoletniej relacji z podwykonawcą, co jest dostępne tylko danemu wykonawcy)". (...) wykazanie wartości gospodarczej, w tym wartości ekonomicznej i podnoszonej przez stronę możliwości wykorzystania przez konkurencję, musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości utajnianych przez niego informacji należy uznać za niewystarczające (...) Oczywiście jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów." – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 26.04.2023 r., sygn. akt: XXIII Zs 140/21)".

6. Do wyjaśnień Odwołujący dołączył również następujące dokumenty: Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2) – wyciąg, Zasady Bezpieczeństwa (Załącznik nr 8.13.2.1), Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.) – wyciąg, Oświadczenie bezpieczeństwa użytkowania zasobów IT w NDI (załącznik nr 8.13.2.5.), a także oferty handlowe od dostawców i podwykonawców (załączniki nr 119).

Oceniając wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie oraz mając na względzie treść ww. załączników, przede wszystkim należy zauważyć, że same oświadczenia, czy deklaracje Odwołującego, nie stanowią wykazania, że w stosunku do określonych informacji i dokumentów rzeczywiście została zachowana poufność. Samo powoływanie się na klauzulę poufności, bez określenia realnych i obiektywnych powodów dla którego dany rodzaj informacji mógłby zostać takimi klauzulami objęty, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Ww. dokumenty, odnoszą się do zasad związanych z postępowaniem w zakresie zasobów teleinformatycznych wykonawcy i nie odnoszą się do informacji, o których mowa w wyjaśnieniach, tj. informacji z zakresu kalkulacji ceny oferty. Jednocześnie przedmiotowe dokumenty również nie potwierdzają, że w stosunku do konkretnych informacji zawartych w ich treści zachowywana została przez Odwołującego poufność. Zaznaczyć należy, że nie chodzi o to, aby Odwołujący uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powoływał się na jakiekolwiek środki dotyczące jakichkolwiek informacji, ale chodzi o środki chroniące poufność konkretnie tego rodzaju informacji, jakie zostały w danym postępowaniu przez ww. zastrzeżone. Odwołujący nie załączył do wyjaśnień innych niż wyżej wymienione dowodów potwierdzających zachowywanie zastrzeżonych informacji w poufności.

Uwzględniając przytoczone wyżej okoliczności faktyczne i prawne, zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK i art. 16 ustawy Pzp uznać należy za bezzasadny.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu. Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty Izba musi mieć na względzie dyrektywy wskazane w przepisach ustawy Pzp. W niniejszej sprawie w szczególności wynikające z art. 534 ust.1 ustawy Pzp a także z art. 555 tej ustawy. W myśl pierwszego z przepisów: „*Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne*”. Z kolei drugi z nich stanowi, że: „*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*”.

Odwołujący – wykonawca NDI S.A. (wykonawca NDI) w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na odtajnienie dokumentów i informacji przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2024 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podczas gdy – jego zdaniem - wykonawca wykazał, że dokumenty i informacje te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji – zdaniem wykonawcy NDI – Zamawiający naruszył art. 16 Pzp z uwagi na przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej

konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W konsekwencji żądał unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w dokumentach i informacjach przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 kwietnia 2024 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa

Izba zatem rozpoznając pierwszy z zarzutów – w związku z art. 555 ustawy Pzp – rozstrzygnięcie odniosła do decyzji Zamawiającego z dnia 7 maja 2024 r. w powiązaniu z zarzutem sformułowanym w odwołaniu potwierdzonym żądaniem także sformułowanym w odwołaniu. Uwzględniając dyrektywę z art. 555 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu i niedopuszczalne jest ich rozszerzanie na etapie postępowania odwoławczego. W odwołaniu nie sformułowano zarzutu wobec treści wskazanej decyzji co do jej niejasności czy też pominięcia istotnych – zdaniem wykonawcy NDI – jak twierdził na rozprawie - okoliczności, co do ofert poddostawców zawierających klauzule zastrzeżenia ich poufności. Wykonawca NDI w odwołaniu generalnie kwestionuje tę decyzję żądając aby wszystkie zastrzeżone przez niego informacje korzystały z takiej ochrony. Z kolei na rozprawie formułując zarzuty do treści decyzji w zakresie powyżej wskazanym konkretyzuje, które oferty zawierają wskazane klauzule.

W zakresie podnoszonego w odwołaniu zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłącznie w okolicznościach wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, Zgodnie z tym przepisem: „*Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...), jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa*”.

Ustawa Pzp zatem w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ustawa ZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK: (...)*przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności*”.

Zgodnie z kolei z tym przepisem określona informacja, aby mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi spełniać łącznie przesłanki określone ww. przepisie, a mianowicie:

- 1) informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub innym posiadająca 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.

Wykonawca NDI w piśmie z dnia 10 kwietnia 2024 r. m.in. podał: (...) *Wykonawca niniejszym przedkłada:*

1. Wyjaśnienia Wykonawcy – pismo nr L. dz. UPP-IK/AK/1953/2024 z dnia 10.04.2024 roku – wersja PEŁNA / TAJNA zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, wraz z załącznikami od nr 1 do nr 19;
2. Wyjaśnienia Wykonawcy – pismo nr L. dz. UPP-IK/AK/1953/2024 z dnia 10.04.2024 roku – wersja jawna, tj. wersja niezawierająca informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
3. Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa,
4. Zasady Bezpieczeństwa (Załącznik nr 8.13.2.1) - tajemnica przedsiębiorstwa,
5. Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa,
6. Oświadczenie bezpieczeństwa użytkowania zasobów IT w NDI (załącznik nr 8.13.2.5.) - tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto Wykonawca niniejszym zastrzega, iż niżej wymienione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane w całości lub w części:

1. Wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące oferty i zaoferowanej ceny – pismo nr L. dz. UPP-IK/AK/1953/2024 z dnia 10.04.2024 roku – wersja tajna;
2. Wszystkie Załączniki do pisma wskazanego powyżej, to jest załączniki nr 1 do nr 19;
3. Załączniki do niniejszego pisma:
 - 3.1. Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa,
 - 3.2. Zasady Bezpieczeństwa (Załącznik nr 8.13.2.1) - tajemnica przedsiębiorstwa, 3.3. Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.) – wyciąg – tajemnica przedsiębiorstwa,
 - 3.4. Oświadczenie bezpieczeństwa użytkowania zasobów IT w NDI (załącznik nr 8.13.2.5.) - tajemnica przedsiębiorstwa”.

W uwadze zaznaczył, że dokumenty o nr 3.1. do 3.4 - są to nowe dokumenty regulujące Procedury bezpieczeństwa informacji u wykonawcy. nie są to dokumenty ujawnione kiedykolwiek w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, o które ubiegał się albo ubiega wykonawca, a dotychczasowe procedury zostały uchylone.

W uzasadnieniu wskazał:

Na str 2, 3 i 4 w pkt I - Uwagi ogólne - powołując się na orzecznictwo i doktrynę

b)W punkcie II – Charakter zastrzeżonych informacji – (str 5-9) oświadczył: *„Informacje przedstawione we wszystkich dokumentach Wykonawcy, wymienionych na wstępie nin. pisma, co do których Wykonawca zastrzega, iż nie można ich udostępniać i obejmuje je niniejszym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo-organizacyjny oraz finansowy i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie danych i informacji zawartych w Piśmie wyjaśniającym Wykonawcy z dnia 10.04.2024 r. oraz w załączonych do niego Załącznikach (dalej: „Wyjaśnienia” lub „pismo wyjaśniające”) innym wykonawcom, składającym konkurencyjne oferty w niniejszym postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku co Wykonawca, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy, doświadczenia i potencjału, którymi dysponuje Wykonawca, a także kręgu współpracujących z nim podwykonawców i poddostawców i informacji o cenach przez nich oferowanych. Tym samym, ujawnienie Informacji zastrzeżonych wskazanych na wstępie w sposób istotny i daleko idący zagraża interesom gospodarczym Wykonawcy, z uwagi na możliwość poznania przez konkurentów szczególnych warunków cenowych właściwych tylko Wykonawcy i podjęcia prób uzyskania równie intratnych warunków współpracy z tymi samymi podwykonawcami i poddostawcami, którzy dotychczas mogli nie być w ogóle znani konkurentom Wykonawcy”.*

W dalszej części tego punktu do str 5 wskazuje ogólnie jakie konsekwencje spowodowałoby ujawnienie poszczególnych czynników cenotwórczych oferty podkreślając ich wymiar uniwersalny – jego know-how, który pozwolił mu na złożenie Zamawiającemu oferty z najkorzystniejszą ceną). W kolejnym punkcie III – Niejawność zastrzeganych informacji-(str 9-14) ponownie odwołuje się do orzecznictwa w Sądzie Najwyższego – wskazuje, że zarówno Dokumenty dotyczące bezpieczeństwa jak i oferty podwykonawców nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej.

W odniesieniu do pierwszej grupy dokumentów podał w szczególności (str 10):

- (...) załączniki do niniejszego pisma, obrazujące zastosowane przez Wykonawcę systemy ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i innych cennych danych, mają charakter stricte wewnętrzny i nie podlegają udostępnieniu osobom trzecim, a jedynie pracownikom Wykonawcy, po uprzednim podpisaniu stosownego zobowiązania do zachowania poufności”.

W odniesieniu do ofert podwykonawców wskazał ponadto (str 10), że:

- niektóre oferty podwykonawców, które są w załącznikach do wyjaśnień zostały przez drugą stronę (oferenta) również zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z tym opatrzone klauzulą poufności.

- informacje dotyczące współpracy między Wykonawcą, a konkretnymi podmiotami trzecimi, same w sobie mają wartość gospodarczą, bowiem uzyskanie przez konkurentów wiedzy o partnerach handlowych pozyskanych przez Wykonawcę pozwala owym konkurentom na nawiązanie współpracy z tymi samymi podmiotami w podobnym obszarze gospodarczym. Co więcej, dane te stanowią istotną informację o zakresie działalności i potencjale NDI.

Dalej podał: *„Dodatkowo Wykonawca odnosząc się do dowodów w postaci załączników do pisma od nr 1 do nr 19 - Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa nazwy podwykonawców, dostawców, usługodawców i oświadcza, że te informacje już chociażby z powodów opisanych powyżej nie mogą być udostępniane”.* To uzasadnia utratą wykonawcy NDI przewagi konkurencyjnej na rynku budowlanym w podobnych postępowaniach i może doprowadzić do pozbawienia efektywnego konkurowania z innymi podmiotami z branży. (str 13/14).

W punkcie IV (str 14-16) - Działaniapodjęte w celu zachowania poufności zastrzeganych informacji – wskazuje na dokument „Polityka Bezpieczeństwa Informacji w grupie kapitałowej NDI” podkreślając jego aktualizację oraz w podając m.in, że: *„W związku z tym, że znaczna część informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest przechowywana i wymieniana w formie elektronicznej w ramach całej Grupy NDI wprowadzone zostały jednolite Procedury tj. Bezpieczeństwo zasobów teleinformatycznych (Proces nr 8.13.2) oraz Regulamin użytkowania zasobów IT (załącznik nr 8.13.2.2.) – wyciągi z ww. dokumentów stanowią odpowiednio załączniki nr 3 i 5 do niniejszego pisma”.*

Zamawiający w decyzji z dnia 7 maja 2024 r. poinformował o odtajnieniu w całości dokumentów i informacji przekazanych przez wykonawcę NDI w piśmie z dnia 10.04.2024 r.

Izba stwierdza, że wobec treści pisma wykonawcy z dnia 10 kwietnia 2024 r. decyzja Zamawiającego z dnia 7 maja 2024 r jest prawidłowa. Tak jak podał Zamawiający w tej decyzji:

1) za wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą zostać uznane ogólne i lakoniczne stwierdzenia typu:

- (...) Informacje przedstawione we wszystkich dokumentach Wykonawcy, wymienionych na wstępie nin. pisma, co do których Wykonawca zastrzega, iż nie można ich udostępniać i obejmuje je niniejszym zastrzeżeniem tajemnicy

przedsiębiorstwa, mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo-organizacyjny oraz finansowy i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą (...).

- (...) Wykonawca oświadcza, że na rynku budowlanym w branży funkcjonuje identyfikowalny, powtarzalny krąg wykonawców. Należy też podkreślić, że mamy do czynienia z rodzajem robót o charakterze powtarzalnym i z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że dane (analogiczne) grupy robót będą wykonywane w kolejnych projektach. To oznacza, że ujawnienie danych wskazanych w odpowiedzi na Wezwanie Zamawiającego, mogłoby realnie doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej Wykonawcy w podobnych postępowaniach (...).

W istocie deklaracji takich nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczeń wykonawcy NDI nie można traktować w kategoriach wykazania czy nawet uprawdopodobnienia. Ponadto, w wyjaśnieniach wykonawcy NDI nie można się doszukać argumentacji odnoszącej się przykładowo do indywidualnych czy unikatowych rozwiązań związanych, pozwalających przyjąć, że *„informacje zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy. Zastrzeżone dokumenty obejmują bowiem niezwykle doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych oferty, które mają dla Wykonawcy także wymiar uniwersalny (jest to know-how Wykonawcy, który pozwolił mu na złożenie Zamawiającemu oferty z najkorzystniejszą ceną).”* Tak jak podał Zamawiający w decyzji, wykonawca NDI nie przedstawił żadnego dowodu, wskazującego przykładowo na to, że zastrzeżone informacje/dokumenty zostały opracowane w oparciu o indywidualne i niepowtarzalne założenia. Wykonawca nie wykazał, że stosuje określony unikalny system kalkulacji ceny, który uzasadnia ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów. Niewątpliwie, co do zasady kalkulacja ceny oferty może posiadać pewną wartość gospodarczą z uwagi na np. szczególną i niepowtarzalną specyfikę robót, myśl technologiczną czy know-how, jednakże wykonawca powinien w każdej sprawie przedstawić stosowne dowody, albowiem to na wykonawcy zgodnie z art. 534 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 kc spoczywa ciężar dowodu jako na stronie, która z powyższego zdarzenia wywodzi skutki prawne. Wykonawca w treści uzasadnienia – jak słusznie podał Zamawiający - nie wykazał, w czym należy dopatrywać się obiektywnej wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeżonej informacji/dokumentu, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie przedsiębiorcy na rynku. Wykonawca nie wykazał także, jaka konkretnie wiedza (które elementy zastrzeżonych informacji) i w jaki sposób może pozwolić konkurentom na kształtowanie ich polityki cenowej i jaki realny skutek może to wywrzeć na sytuację rynkową wykonawcy. Wyjaśnienia Wykonawcy zawierają w tym zakresie ogólne stwierdzenia, które nie mogą stanowić „wykazania” zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba także podzieliła pogląd Zamawiającego, że o tym czy dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie decyduje objęcie jej klauzulą poufności przez wykonawcę czy podwykonawcę. Powoływanie się na klauzule poufności, bez określenia realnych i obiektywnych powodów dla którego dany rodzaj informacji powinien mieć takie klauzule, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Tego rodzaju ogólne stwierdzenia niewątpliwie mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania. Dla uznania, że wykonawca podjął działania w celu utrzymania informacji w poufności nie wystarczy bowiem sam fakt ich zastrzeżenia, ale konieczne jest dokonanie tego z należytą starannością.

Izba zwraca również uwagę, że wykonawca NDI dołączył w ramach wyjaśnień oferty handlowe innych podmiotów, lecz w ich treści w odniesieniu do zał. od 1 do 15 brak jest odniesienia do obowiązku zachowania informacji tam zawartych w poufności. Z kolei w ofertach handlowych od nr 10 do nr 13 i w 16 zawarto w istocie klauzule informujące o ich przeznaczeniu wyłącznie do wiadomości NDI S.A. czy zobowiązujące NDI S.A. do zachowania ich w poufności z możliwością udostępnienia ale za ich zgodą. Po pierwsze w treści pisma z dnia 10 kwietnia 2024 r. wykonawca NDI nie informuje o takich klauzulach. Po drugie, udostępnienie tych dokumentów Zamawiającemu może oznaczać, że te podmioty wyraziły zgodę na ich udostępnienie podmiotom trzecim, jednakże bez ograniczenia tylko do tego Zamawiającego z uwagi na brak stosownego oświadczenia tych firm.

Zdaniem Izby fakt współpracy wykonawcy na rynku z innymi podmiotami trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawiązywanie relacji handlowych jest elementem działalności gospodarczej każdego podmiotu. Wykonawca w treści uzasadnienia nie wykazał żadnych wyjątkowych, specyficznych uwarunkowań związanych z taką współpracą, które mogłaby uzasadniać słuszność decyzji wykonawcy co do objęcia takich informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie wykazano także w tym przypadku, że ta współpraca jest chroniona, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym bardziej – jak wykazywał na rozprawie Zamawiający – informacja o podwykonawcach – w przypadku jego przedsiębiorstwa - jest informacją powszechnie dostępną, albowiem w ramach każdego kontraktu podlega udostępnieniu na portalu Zamawiającego. Wykonawca NDI ponadto nie wykazał, że pozyskane przez niego oferty od innych podmiotów, celem złożenia oferty, mają charakter zindywidualizowany. Wykonawca nie wykazał również, że ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym, a także, czy i w jaki sposób

ujawnienie treści zastrzeżonych danych i dokumentów przekłada się na funkcjonowanie wykonawcy NDI S.A. na rynku. Tak jak wskazywał Zamawiający, wykonawca NDI w uzasadnieniu nie wykazał również, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji/dokumentów oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Z uzasadnienia nie wynika w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami/informacjami. W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretnych obrazujących na przykład to w jaki negatywny sposób wykorzystanie przez podmioty konkurencyjne zastrzeżonych ww. zakresie informacji i dokumentów w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność wykonawcy NDI w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach.

Izba także zgodziła się z Zamawiającym, że w piśmie z dnia 10 kwietnia 2024 r. wykonawca NDI nie wykazał związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść wykonawca, co wiązałoby by się z wartością gospodarczą takiej informacji. Taka wartość – jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie – nie musi być w każdym przypadku wyrażona przez podanie konkretnej wartości (liczbowo), ale może - w zależności od charakteru informacji bazowych - polegać na rzeczowym złożeniu wyjaśnień. Taka wartość powinna być wykazana w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji z uwagi na podstawą, wskazywaną na wstępie, zasadę – jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba także zwraca uwagę, że w tym postępowaniu Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysów, które ze swej istoty stanowiły źródło informacji o kosztach całkowitych i kosztach jednostkowych oraz o elementach rozliczeniowych. Te dokumenty nie zostały zastrzeżone przez wykonawcę. Zatem w tej sprawie to nie informacja o cenie, czy kosztach, a szczególnie warunki dające możliwość jej uzyskania, mogły stanowić przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Ponadto uzyskanie informacji o wysokości ceny czy ceny jednostkowej nie spowoduje jeszcze w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska w innym postępowaniu (kolejnym) skoro wynika ona z unikalnych czynników – nie ujawnionych - dostępnych temu wykonawcy.

W konkluzji Izba stwierdza, że tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny, co w niniejszej sprawie nie zostało wykazane. W myśl powoływanych już przepisów ciężar wykazania wystąpienia wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa leży po stronie wykonawcy i powinien zostać zrealizowany w pełnym zakresie, jeżeli wykonawca oczekuje, aby dokonane przez niego zastrzeżenie mogło być skuteczne.

Wobec powyższych ustaleń i uznania, że podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stanie faktycznym tej sprawy nie jest zasadny, także podlega oddaleniu podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....