Sygn. akt: KIO 507/24

WYROK

Warszawa, dnia 1 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolantka:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2024 r. przez wykonawcę : Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowiew postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odtajnienia, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego, następujących dokumentów: Zał. nr 2 (Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych) oraz Zał. nr 3 (Polityka bezpieczeństwa i ochrony), stanowiących załączniki do wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowiew części 1/2 oraz Zamawiającego - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu w części 1/2 i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   3.2. zasądza od Zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 507/24

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km*, numer referencyjny: O/WR.D-3.2410.7.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 sierpnia 2023 roku, numer: 2023/S 163-511417. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „Odwołującym")w dniu 15 lutego 2024 roku wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a polegających na:

1. bezpodstawnym i błędnym uznaniu, że informacje zawarte w części utajnionej wyjaśnień Odwołującego (udzielonych

w trybie art. 223 ust. 1 Pzp pismami z dnia 7 grudnia 2023 r. i 22 grudnia 2023 r., oznaczonych odpowiednio jako „Niejawna część wyjaśnień Wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 27.11.2023." oraz „Niejawna część wyjaśnień Wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 20.12.2023." w całości wraz z załącznikami) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2022.1233 ze zm.) dalej „uznk" lub „z.n.k."- z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego nie zostały one prawidłowo i skutecznie zastrzeżone, a w konsekwencji,
2. nieuprawnionym odtajnieniu ww. wyjaśnień Odwołującego w całości wraz z załącznikami, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
3. zaniechaniu uznania, że informacje zawarte w części utajnionej wyjaśnień Odwołującego (wskazane w pkt 1 powyżej) zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 18 ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 1, 2, 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2022.1233 ze zm.; „uznk" lub „z.n.k.") poprzez ich wadliwą wykładnię i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a w konsekwencji odtajnienie następujących dokumentów:

- wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w dniu 7.12.2023r. wraz z załącznikami (pismo nr 23-PE-DK12_Głogów_wyj_art.223_ust.1-PB-001 część zastrzeżona jako tajemnica tj. „Niejawna część wyjaśnień wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 27.11.2023r."),
- wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w dniu 22.12.2023r. wraz z załącznikami (23-PE-K12_Głogów_wyj_art.223_ust.1_dodatek-PB-001 z dnia 22 grudnia 2023r. część zastrzeżona jako tajemnica tj. „Niejawna część wyjaśnień wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 20.12.2023r."),

pomimo, że informacje te zostały skutecznie i prawidłowo zastrzeżone przez Odwołującego i stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a w konsekwencji zamiar udostępnienia konkurencji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k., co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 11 ust. 1 z.n.k.), oraz

2) art. 16 pkt 1) 2) i 3) Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, w szczególności wobec sformułowania decyzji dot. odtajnienia w sposób ogólny i nieprecyzyjny, co w znacznej mierze utrudniło Odwołującemu poznanie motywów tej decyzji i w konsekwencji pełne odniesienie się do nich, a w efekcie również doprowadziło do naruszenia zasady proporcjonalności poprzez niezachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy środkiem (jakim jest ograniczenie danego prawa - tu prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa) a celem jakim jest szeroko pojęty interes publiczny.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:
1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego, informacji, plików i załączników (dokumenty wskazane w pkt 1 zarzutów odwołania), dokonanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 lutego 2024r. w następującym zakresie:
a) pismo 23-PE-DK12_Głogów_wyj_art.223_ust.1-PB-001 z dnia 7 grudnia 2023r.- część zastrzeżona jako tajemnica tj. „Niejawna część wyjaśnień wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 27.11.2023r." w zakresie:
- odpowiedzi na pytanie nr: 8 (w części tj.: tiret 7 i 8 w części początkowej - założenia, oraz część „Konsekwencje ww. założeń" - do końca odpowiedzi), w całości odpowiedź na pytania: 16,20,21,25 i 26 wraz z załącznikami, w tym:
- załącznik nr 1- Plik: Pytanie 21 bilans robót ziemnych w pikietażu co 25m,
- załącznik nr 1 -Plik: Pytanie nr 25- Wykaz obiektów Tab. 1.1.xlsx-część tajna",
- załącznik 1 - Plik: pytanie 26-Wykaz obiektów Tab;
b) pismo 23-PE-DK12_Głogów_wyj_art.223_ust.1_dodatek-PB-001 z dnia 22 grudnia 2023r.- część zastrzeżona jako tajemnica tj. „Niejawna część wyjaśnień wykonawcy stanowiących odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 20.12.2023r." w zakresie:
- odpowiedzi na pytanie E w całości, wraz z „Załącznikiem nr 1 bilans robót ziemnych w pikietażu co 1 km"
c) Zał. nr 2 (wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych), oraz Zał. Nr 3 (Polityka bezpieczeństwa i ochrony)- jako załączniki do pism wskazanych w pkt a) i b) powyżej;
3) nakazanie Zamawiającemu uznania zastrzeżenia informacji, dokumentów, plików i załączników złożonych w postępowaniu przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie wskazanym w pkt 2 a),b),c) powyżej, za

skuteczne i nakazanie nieudostępniania innym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;
4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania na okoliczności wskazane w odwołaniu, a także dowodów, które zostaną przedstawione w trakcie rozprawy;
5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych;
6) na podstawie art. 545 ust. 3 Pzp ograniczenie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy z uwagi na fakt, iż udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 27.11.2023r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, co miało na celu jej weryfikację pod kątem zgodności z SWZ. W dniu 7.12.2023r. pismem 23-PE-DK12_Głogów_wyj_art.223_ust.1-PB-001 udzielił przedmiotowych wyjaśnień, zastrzegając część odpowiedzi na pytania oraz załączników do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto, w dniu 20.12.2023r. Zamawiający w nawiązaniu do udzielonych wcześniej wyjaśnień po raz kolejny wezwał go do złożenia wyjaśnień uzupełniających. W dniu 22.12.2023r. Odwołujący pismem 23-PE-DK12_Głogów_wyj_art.223_ust.1_dodatek-PB-001 złożył wyjaśnienia uzupełniające, zastrzegając część odpowiedzi na pytania oraz załączników do wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach tych wykazał, że żadna z powyższych (zastrzeżonych jako tajemnica) informacji nie została ujawniona ani nie była znana w przestrzeni publicznej. Podkreślił, iż każda z powyższych informacji ma dla niego wartość gospodarczą i stanowi informacje o charakterze odpowiednio handlowym, organizacyjnym oraz technologicznym przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 uznk i podjął środki dla zachowania ich w poufności. Pomimo to, Zamawiający pismem z dnia 5.02.2024r. odtajnił całość wyjaśnień w zakresie utajnionym, jako argument podając, iż informacje, których domaga się utajnienia Odwołujący, „nie wypełniają wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk".

Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, które z nich uważa za spełnione, a które nie, co uniemożliwia szczegółowe odniesienie się w odwołaniu do jego stanowiska. Zdaniem Odwołującego, jedynym zarzutem dającym się wywieść z przedmiotowego pisma jest brak wykazania „unikalności" tych informacji przez Odwołującego, w tym ich innowacyjnego charakteru, bowiem w opinii Zamawiającego rozwiązania te są narzucone przez PFU.

Odwołujący jednocześnie podkreślił, że brak kwestionowania przez Zamawiającego argumentów Odwołującego w zakresie spełnienia przez niego pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy wyjaśnień, poczytuje za ich skuteczne wykazanie w części jawnej wyjaśnień z dnia 7.12.2023 i 22.12.2023r. (z ostrożności, w razie odmiennego poglądu Izby, celem unikania powtórzeń, Odwołujący podtrzymał argumentację tam zawartą jako aktualną). Odwołujący zauważył także, że Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej, ale nie rozwinął dalej tego zarzutu, poprzestając jedynie na zacytowaniu fragmentów twierdzeń zaczerpniętych z wyjaśnień i orzecznictwa.

Odwołujący wskazał, że po zapoznaniu się z uzasadnieniem odtajnienia przedstawionym w piśmie Zamawiającego z dnia 5.02.2024r. oraz kierując się zasadą, iż utajnienie informacji powinno odbywać się z jak najmniejszą uciążliwością dla zasady jawności postępowania, kwestionuje odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w zakresie wskazanym w pkt II. 2 ppkt a)-c) petitum żądania. Zaznaczył, że działanie to ma na celu dążenie do zachowania zasady jawności postępowania, jednakże przy poszanowaniu zasady poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorcy.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 1, 2, 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania, jednakże zasada ta nie ma i nie może mieć bezwzględnego charakteru, doznaje bowiem ograniczeń w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Odwołujący powołał się na przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w którym ustawodawca wskazał, że 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. Dalej odwołał się

do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, wyrażonej w art. 11 ust. 2 uznk. Zwrócił uwagę, że do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie następujących przesłanek:
• informacja ta musi mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest inną informacją mającą wartość gospodarczą,
• informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla tych osób,
• uprawniony do korzystania z informacji przy zachowaniu należytej staranności podjął działania w celu zachowania jej w poufności.

Zdaniem Odwołującego, analiza treści wyjaśnień złożonych przez niego w dniach 7 i 22.12.2023r. w zakresie uzasadnienia objęcia tajemnicą części z nich, potwierdza spełnienie ww. przesłanek skutecznego ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący podkreślił, że nie zgadza się z argumentacją Zamawiającego, który dokonał czynności odtajnienia przedmiotowych wyjaśnień.

Odnosząc się do argumentacji, iż informacje które pragnie utajnić Wykonawca nie posiadają cech innowacyjności, czy unikatowości i są to rozwiązania zaczerpnięte z dokumentacji przetargowej i przepisów techniczno-budowalnych Odwołujący wyjaśniał, że w ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 2 uznk) nie wskazuje się na unikatowość/innowacyjność, czy wyjątkowość utajnianych rozwiązań, mają to być rozwiązania o charakterze technicznym, technologicznym organizacyjnym lub inne (katalog otwarty), które posiadają pewną wartość gospodarczą. Inaczej mówiąc mają one mieć charakter indywidualny dla danego Wykonawcy, niekoniecznie jednak muszą to być rozwiązania opatentowane takie jak wynalazki, czy wzory użytkowe. Odwołujący stwierdził też, że obowiązkiem Wykonawcy było zastrzeżenie poufności informacji wraz z jej przekazaniem (co nie jest kwestionowane przez Zamawiającego), podobnie jak spełnienie przez Odwołującego pozostałych wymogów wynikające z art. 11 ust. 2 uznk, w tym mające na celu zachowanie w poufności tej informacji. Odwołujący wskazał, że wobec tego należało przyjąć, iż przesłanki te zostały spełnione przez Odwołującego.

Według Odwołującego, kwestionowane przez Zamawiającego jest samo „wykazanie" , że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a właściwie sposób takiego wykazania. Jego zdaniem, Zamawiający oczekuje od Odwołującego niejako udowodnienia tego faktu tymczasem zwrot „wykazanie" zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza „uzewnętrznić coś", „ujawnić istnienie czegoś", „przedstawić coś w sposób przekonujący". Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.06.2017r., sygn. akt: 1015/17.

Odnosząc się do konkretnych informacji od których odtajnienia odwołał się Odwołujący, wskazał, że można dokonać ich tematycznego podziału na trzy grupy:
1. Odpowiedzi dotyczące bilansu robót ziemnych (odp: 8 (w części), 16, 21 – wraz z załącznikami;
2. Odpowiedzi dotyczące obiektów inżynierskich nad przeszkodami (25 i 26) – wraz z załącznikami;
3. Odpowiedzi dot. posadowień (odp. 20).

Odwołujący wyjaśnił, że indywidualny i wyjątkowy charakter tych odpowiedzi (know-how) polega na tym, że dokumentacja przetargowa (w tym PFU, odpowiedzi na pytania, udostępnione badania, decyzje, w tym środowiskowa) i przepisy prawa, regulują tylko pewne założenia ogólne, niektóre parametry, które mają doprowadzić do określonego efektu. Natomiast sposób dojścia do nich pozostawiony został decyzji Wykonawcy, który może tak je ukształtować (opierając się na wieloletnich doświadczeniach, przeprowadzonych badaniach i innych), że finalnie ich koszt, czy czas realizacji (przyjęty w ofercie) będzie odmienny dla każdego z przyjętych rozwiązań. Inaczej rzecz ujmując w oparciu o te same dane, które przekazał Zamawiający i dochodząc do tego samego celu można użyć różnych metod i środków o odmiennym walorze kosztowym i czasowym, co buduje przewagę jednego podmiotu konkurencyjnego nad innym i posiada wartość gospodarczą.

Odnosząc się do bilansu robót ziemnych (wyjaśnienia z dnia 7.12.2023r.: odp na pyt.nr: 8 (w części),16, 21 oraz wyjaśnienia z dnia 22.12.2023r. – odp. na pyt. E- w obu wypadkach wraz z załącznikami) wskazywał, iż jego wyjaśnienia w tym zakresie zawierają szczegółowe informacje techniczne i technologiczne w zakresie przyjętego w ofercie bilansu robót ziemnych, co stanowi jednoznaczną informację dla pozostałych Oferentów, w jaki sposób wykonawca ukształtował niweletę obwodnicy oraz, jakie założenia technologiczne przyjął odnośnie gospodarowania masami ziemnymi w obrębie budowy, w szczególności z uwzględnieniem podziału trasy na odcinek do i za mostem przez rzekę Odrę. Odwołujący stwierdził, iż kształtowanie niwelety drogi nosi znamiona działalności twórczej o indywidualnym charakterze w zakresie inżynierii budowlanej, z tego względu nie można go uznać, jako powszechnie znane osobom zajmującym się tym rodzajem działalności, co więcej każdy z Oferentów mógł przyjąć tutaj inne rozwiązanie techniczne, czy technologiczne

najkorzystniejsze dla tego projektu (w tym koszt i czas), ale też indywidualnie dobrane dla danego wykonawcy (każdy dysponuje odmiennych zasobami kadrowymi, technicznymi czy kadrą doradczą). Jednocześnie Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał pewne założenia projektowe w PFU, dlatego też finalnie, po przeanalizowaniu argumentacji zawartej w piśmie w sprawie odtajnienia (z dnia 5.02.2024r.) postanowił zawęzić zakres zaskarżenia do części utajnionych wyjaśnień, tj. do odpowiedzi na pytanie 8 wyłącznie do tiretu 7 i 8 (część początkowa- założenia) oraz część „Konsekwencje ww. założeń" (w całości). Natomiast w pozostałym zakresie Odwołujący uznał argumentację Zamawiającego, rezygnując z odwołania w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił też, iż w postępowaniach „zaprojektuj i wybuduj" każdy projektant/ wykonawca może zaprezentować indywidualny przebieg niwelety drogi, w tym odmiennie ukształtować bilans ziemi. Optymalnie ukształtowany przebieg wysokościowy drogi uzyskuje się w procesie wielokrotnych i czasochłonnych iteracji, a efekt końcowy bez wątpienia stanowi know-how danego wykonawcy i posiada wartość gospodarczą. Zdaniem Odwołującego, zachowanie poufności tych informacji chroni wysiłki wykonawcy włożone w opracowanie rozwiązań efektywnych i najlepiej dostosowanych do danych warunków terenowych, a także uwzględniających dostępność surowców mineralnych w danym rejonie.

Ponadto, Odwołujący dodał, że w celu ochrony tych informacji powziął również fizyczne środki ochrony, m.in. poprzez ograniczenie dostępu do informacji dla określonego grona osób wewnątrz organizacji: dostęp do folderów z ofertą wyłącznie dla zespołów projektowych i ofertowych zaangażowanych w zadanie, a także dla kluczowej kadry zarządzającej. Stwierdził, że przekazanie tych danych oferentom, szczególnie tym, którzy złożyli niższą ofertę cenową umożliwi im dostosowanie swoich rozwiązań i poprawę rentowności projektu wykorzystując wysiłek, wiedzę i rozwiązania innego wykonawcy.

Odnosząc się do szczegółowego opisu obiektów inżynierskich nad przeszkodami (wyjaśnienia z dnia 7.12.2023r. odp. na pyt. Nr 25 i 26 wraz z załącznikami) Odwołujący podnosił, iż sposób pokonania przeszkód poprzez odpowiednie zaprojektowanie obiektu inżynierskiego, w oparciu o założenie określone w dokumentacji Zamawiającego na charakter twórczy (indywidualny) podobnie jak bilans robót ziemnych.

Odwołujący wyjaśnił też, że część opisowa wyjaśnień (w zakresie ww. odpowiedzi na pytania) wraz z tabelarycznym zestawieniem parametrów różni się pomiędzy częścią jawną a tajną dwoma kolumnami. Celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący ukrył dwa parametry tabeli, tj. rodzaj konstrukcji i rodzaj posadowienia danego obiektu, które, jak wyjaśnił, stanowią jego know-how. Dodał ponadto, że pozostałe parametry wskazane w tabeli są opisane w PFU w sposób jednoznaczny.

Natomiast w przypadku dwóch parametrów utajnionych w wyjaśnieniach każdy oferent może zastosować jedno z rozwiązań wskazanych przez Zamawiającego w PFU lub inne spełniające wymogi Kontraktu. Nie jest to zatem parametr powszechnie znany i wspólny dla wszystkich oferentów, każdy może bowiem przyjąć inne rozwiązanie, spośród wskazanych w PFU lub inne (zgodne z PFU). Odwołujący podnosił, że dobór tego rozwiązania może obniżyć lub zwiększyć koszty i termin realizacji inwestycji i to nie tylko w zakresie tego obiektu, ale też pozostałych elementów (może np. wpłynąć na niweletę dróg połączonych z obiektem). Stąd też rozwiązanie to stanowi know-how danego oferenta. Dobór rozwiązania nieznanego innym, a wypracowanego w ramach poprzednich inwestycji tego typu na przestrzeni wielu lat może dać danemu podmiotowi przewagę konkurencyjną, jago ujawnienie może narazić podmiot który je stworzył na szkodę (utrata zysków) - ma więc wartość gospodarczą.

W ocenie Odwołującego, nie jest prawdą, że wyjaśnienia w tym zakresie stanowią jedynie „potwierdzenie wymogów PFU", jak twierdził Zamawiający. Są to bowiem rozwiązania indywidualne, mające cechy twórcze i wypracowane przez określony zespół osób przy uwzględnieniu uwarunkowań danego przetargu.

Następnie odnosząc się do kwestii zasadności utajnienia odpowiedzi dotyczących posadowienia/ wzmocnienia podłoża (wyjaśnienia z dnia 7.12.2023r., odp. na pyt. 20), wskazywał, że argumentacja jest analogiczna jak w przypadku odpowiedzi dotyczących bilansu robót ziemnych oraz obiektów inżynierskich nad przeszkodami. Podnosił ponadto, że zapisy PFU wskazują i dopuszczają większość stosowanych w budownictwie technologii wzmocnienia podłoża gruntowego, oraz określają parametry którymi należy się kierować. Jednocześnie Wykonawca ma prawo przyjąć inne technologie niż tam wskazane, ale w takim przypadku jest zobowiązany opracować STWiORB.

Zdaniem Odwołującego, szczegółowy sposób opracowania danego rozwiązania projektowego w tym zakresie jest indywidualny i niepowtarzalny. Jest rozwiązaniem technicznym, technologicznym, mającym charakter indywidualny, posiadającym wartość gospodarczą i wypracowanym przez Odwołującego własnym kosztem i staraniem (know-how). Podobnie jak każde inne rozwiązanie zaproponowane przez oferenta może być inne, pochłaniać odmienny koszt i czas, stanowiąc swoistą wartość.

Reasumując swoje wywody w tym zakresie Odwołujący podnosił, że w postępowaniach „zaprojektuj i wybuduj" wykonawcy nie otrzymują od Zamawiającego gotowego projektu, a jedynie pewne wytyczne odnośnie cech, właściwości, parametrów obiektu, który ma powstać (opisane w dokumentacji przetargowej). Przed złożeniem oferty w postępowaniu prowadzonym w takiej formule wykonawca ma za zadanie „dopasować" dostępne rozwiązania projektowe lub stworzyć własne, które pozostaną w zgodności z SWZ i finalnie dobrać to, które pozwoli spełnić wymagania Zamawiającego przy możliwie niskich kosztach i krótkim czasie, opierając się na wcześniejszych doświadczeniach, wykonanych analizach i opiniach. Odwołujący stwierdził, że poprzez zestawienie otrzymanych danych i umiejscowienie ich w realiach określonego postępowania wykonawca jest w stanie przedstawić indywidualne rozwiązanie (inne od pozostałych), które w dalszej perspektywie może być powtarzane w kolejnych postępowaniach (przy modyfikacjach wynikających z ich specyfiki). Powielenie ich przez konkurencję może wiązać się z istotną szkodą po stronie wykonawcy, w tym może utrudnić lub uniemożliwić mu efektywne ubieganie się o kolejne zamówienia (utrata przyszłych zysków).

Dalej Odwołujący wskazywał, że orzecznictwo potwierdza, iż tego typu informacje posiadają wartość gospodarczą. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczejz dnia 12.03.2021r., sygn. KIO 493/21 i podkreślił, iż wielość doborów przyjętych rozwiązań, choć nie są one nowatorskie, a sam dobór może być ograniczony zamkniętym katalogiem, ma wartość gospodarczą. Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.09.2015r. sygn. akt 1809/15, 1823/15 i 1829/15.

Według Odwołującego, rozwiązania o charakterze technicznym, technologicznym i organizacyjnym w zakresie bilansu robót ziemnych, posadowienia, czy konstrukcji obiektów, które objął tajemnicą, stanowią jego „pomysł", który ma na realizację tego zadania. Na pomysł ten składają się konkretne dane w zakresie asortymentu materiałów, ilości, formy zastosowania, sposobu jego utylizacji, zagospodarowania, poziomu niwelety, przyjętej koncepcji projektowej, które stanowią istotny element cenotwórczy przy konstrukcji ceny ofertowej (metodologia konstruowania ceny ofertowej/ realizacji zamówienia).

Następnie Odwołujący stwierdził, że w przypadku, gdyby wygrał przedmiotowe postępowanie i w konsekwencji podpisał umowę z Zamawiającym, projekt stałby się „własnością" Zamawiającego (a w konsekwencji zostałby upubliczniony). Natomiast, jeśli nie wygra przetargu i finalnie to nie jego rozwiązanie będzie realizowane w ramach zawartej z Zamawiającym umowy, to wówczas w sposób nieuprawniony dojdzie do ujawnienia rozwiązania, które nie zostanie „zakupione" przez Zamawiającego, niwecząc przewagę konkurencyjną Odwołującego w tym zakresie i upubliczniając rozwiązanie posiadające wartość gospodarczą dla szerszego grona konkurentów.

Z kolei odnosząc się do kwestii wartości gospodarczej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący podkreślał, iż nie zawsze stanowi ona wartość możliwą do określenia i wyceny. Dodał też, że wytyczne w zakresie interpretowania pojęcia wartości gospodarczej wskazują jednoznacznie, że kluczowym elementem definiujących wartość gospodarczą jest możliwość wykorzystania danej informacji w walce konkurencyjnej, a także to, iż informacja stanowi pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków, jednocześnie nie ma potrzeby określania konkretnej wartości – wystarczy sam fakt zaistnienia minimalnej, aktualnej lub potencjalnej korzyści. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3494/21; z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO 1957/22; z dnia 13 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1692/29; z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 458/18; z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2331/20; z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 9/20; z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt: KIO 1006/18, a także na wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, sygn. akt: II SA/WA 2411/13.

Zdaniem Odwołującego, wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji podlegających utajnieniu, nie wymaga wskazywania Zamawiającemu określonej kwoty. Wartość techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję. Faktem zaś powszechnie znanym jest, że nie jest możliwym na etapie postępowania zamówieniowego wskazanie precyzyjnej kwoty, w jakiej wyraża się wartość techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub gospodarcza zastrzeżonych informacji. W tym przypadku nie jest możliwe wykazanie, jaka miałaby być wartość utraty zysków w przyszłych postępowaniach, gdyby informacje, które Odwołujący zdecydował się ujawnić w postępowaniu, stanowiące cenny know-how dla konkurencji, zostały ujawnione. Za wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 2013 roku o sygn. akt: I OSK 511/13, Odwołujący wskazał, iż informacje stają się tajemnicą, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania ich jako niepoznawalnych. Poufność danych musi być wyraźna lub w sposób dorozumiany zamanifestowana. Odwołujący podkreślił również, że fakt, iż konkurenci nie znają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, umożliwia Odwołującemu uzyskanie lepszej pozycji na rynku.

Sukces podejmowanych przedsięwzięć uzależniony jest częstokroć od zachowania w tym zakresie dyskrecji. W tym zakresie Odwołujący powołał się również na liczne orzeczenia. Zwrócił także uwagę na to, że oczekiwanie wykazywania konkretnej wartości tych informacji jest oczekiwaniem nierealnym, stosowanym wyłącznie jako pretekst dla pozbawienia Odwołującego przysługujących mu praw. Dalej stwierdził, iż w ramach dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób rzeczowy i logiczny wykazał z jakich względów dane informacje winny zostać utajnione i jaką wartość gospodarczą w nich upatruje, co – według Odwołującego - odpowiada wymaganiom ustawowym. Wskazał też, że zastrzegając tajemnicę informacji zawartych w wyjaśnieniach w części niejawnej nie miał obowiązku, ani realnej możliwości dokonania wyceny ich wartości gospodarczej , wszelkie symulacje, sposoby wyliczenia szkody w postaci utraconych korzyści, czy też ich wycena były niedopuszczalne i niemożliwa.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że przyjęte przez niego założenia projektowe, technologiczne i organizacyjne (w tym Zał nr 2 – „Wytyczne koncernu dot. technologii informatycznych" i 3- „Polityka bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa") stanowią dla niego m. in. podstawy ustalenia ceny i przyjmowanych danych, mają charakter indywidualny i wypracowany latami w ramach zrealizowanych projektów budowlanych. Są to rozwiązania stosowane w ramach określonych projektów w konkretnej (znanej tylko wykonawcy) konfiguracji. Sposób organizacji procesu budowlanego (a wcześniej fazy projektowej) w tym: dobory rozwiązań projektowych, podziału na siły własne i podwykonawców, korzystania z określonych rozwiązań technologicznych na placu budowy (w tym dobór dróg dojazdowych, układ dróg technologicznych, organizowanie zaplecza i inne), zasady bhp i p. poż, system kontroli i nadzoru nad robotami, zasady ochrony informacji i procedury z tym związane stanowią know-how Odwołującego (mają wartość gospodarcza). Mimo że rozwiązania te pozornie wydają się powszechnie dostępne, to sposób ich doboru, połączenia i zorganizowania, a także dobrania spośród wielu tego jednego - optymalnego dla danego projektu, stanowi element kluczowy i posiada wartość gospodarczą, tak istotną dla konkurencji. Konkurencja zaoszczędziłaby bowiem zarówno czas jak i koszty, poznając te indywidualne/ szczególne rozwiązania Odwołującego.

Odnośnie naruszenia art. 16 pkt 1), 2) i 3) ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców oraz z poszanowaniem zasady przejrzystości i proporcjonalności Odwołujący podkreślił, że zachował równowagę pomiędzy zasadą jawności postępowania a ochroną informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na co wskazuje fakt, iż tylko część z odpowiedzi udzielonych na zadane przez Zamawiającego pytania została w wyjaśnieniach z dnia 7 i 22.12.2023r. przez niego utajniona. Znaczna część wyjaśnień (odpowiedzi na 16 pytań) nie została utajniona i tym samym znalazła się w części jawnej wyjaśnień, dostępnej wszystkim potencjalnym oferentom.

Natomiast, w ocenie Odwołującego, Zamawiający tą równowagę naruszył, bowiem odtajnił całość wyjaśnień z dnia 7 i 22.12.2023r. wraz załącznikami, w tym zał. 2- Wytyczne koncernu dot. korzystania z technologii informatycznych i nr 3 -Polityka bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, których poufność nigdy to tej pory nie była kwestionowana w postępowaniach przetargowych. Odwołujący podniósł, że załączniki te opisują jedynie procedury wewnętrzne Odwołującego (w tym zabezpieczenia o charakterze technicznym) mające na celu zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Potwierdzają ona niewątpliwie spełnienie jednej z przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk (jaką jest podjęcie działań mających na celu zachowanie w poufności informacji), stąd też dołączenie ich do przedmiotowych wyjaśnień było konieczne i uzasadnione. Odwołujący podkreślił, że nie mają one szczególnego waloru dla konkurencji w zakresie weryfikacji poprawności oferty (i przyjętych do niej założeń), stąd ich ujawnienie jest całkowicie nieuzasadnione i niepotrzebne, dokonane niejako „przy okazji" odtajnienia innych informacji i dokumentów, bez uzasadnionego powodu i jakiegokolwiek komentarza w piśmie z dnia 5.02.2024r.

Zdaniem Odwołującego, tak szeroki zakres dokonanego ujawnienia niewątpliwie narusza zasady wskazane w art. 16 pkt 1)-3) Pzp, w tym w szczególności zasadę proporcjonalności. Natomiast mało czytelny, niejednoznaczny, niepełny sposób uzasadnienia swojego stanowiska przez Zamawiającego (utrudniający odniesienie się do niego) narusza zasadę przejrzystości, zaś pozbawienie Odwołującego informacji posiadającej dla niego walor gospodarczy narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2024 roku złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa: drogi głównej ruchu przyspieszonego, o długości ok. 18,48 km.

Pismem z dnia 27 listopada 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei pismem z dnia 20 grudnia 2023 roku Zamawiający wezwał Odwołującego o udzielenie wyjaśnień uzupełniających dotyczących treści oferty.

Odwołujący odpowiedział na powyższe wezwania odpowiednio pismem z dnia 7 grudnia 2023 roku oraz pismem z dnia 22 grudnia 2023 roku.

Wyjaśnienia treści oferty, o których mowa powyżej, Odwołujący objął częściowo tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2023 roku Odwołujący wskazał, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią następujące informacje:
a) w odpowiedziach na pytania:
- nr 1, 8, 15, 16, 17, 19, 20, 24, 25, 26 (w części) i nr 9, 21, 22, (w całości) oraz
b) w załącznikach do niniejszych wyjaśnień od nr 1 - 3 tzn.:
- dane o rozwiązaniach technicznych, technologicznych i organizacyjnych przyjętych do oferty (know-how Wykonawcy) - (zał. nr 1 - Tajemnica Przedsiębiorstwa),
- wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych (zał. 2 - Tajemnica Przedsiębiorstwa), Polityki bezpieczeństwa i ochrony (zał. 3 - Tajemnica Przedsiębiorstwa).

Natomiast w zakresie wyjaśnień z dnia 22 grudnia 2023 roku Odwołujący wskazywał, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią informacje:
a) w odpowiedziach na pytania: A (w części) i E (w całości) oraz
b) w załączniku do niniejszych wyjaśnień od nr 1 - 3 tzn.:
- Zał. nr 1 – Bilans robót ziemnych (do odp. E): dane o rozwiązaniach technicznychtechnologicznych i organizacyjnych przyj tych do oferty (know - how Wykonawcy)- (zał. nr 1 -Tajemnica Przedsiębiorstwa),
- wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych (zał. 2- Tajemnica Przedsiębiorstwa), Polityki bezpieczeństwa i ochrony (zał. 3- Tajemnica Przedsiębiorstwa).

Odwołujący przedstawił również obszerne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do powyższych informacji, w dużej jednak mierze przedstawiając stanowisko doktryny i orzecznictwo.

Pismem z dnia 5 lutego 2023 roku Zamawiający poinformował o odtajnieniuw całości informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w uzasadnieniu wskazując w pierwszej kolejności, iż zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający m.in. podnosił, iż:
„przedstawione przez Wykonawcę odpowiedzi na ww. pytania nie zawierają informacji wypełniających wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 2 ZNKU, nadto Wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Odpowiedzi sporządzone przez Wykonawcę nie zawierają informacji unikalnych lub też prezentujących innowacyjne rozwiązania przyjęte przez Wykonawcę do realizacji tego zadania. W udzielonych odpowiedziach Wykonawca często potwierdza tylko to, o co pytał się Zamawiający lub potwierdza, iż założenia przyjęte do wyceny oferty są zgodne z postanowieniami dokumentacji przetargowej lub przepisami techniczno-budowlanymi. Dodatkowo należy podkreślić, iż wiele parametrów dot. obiektów jest narzucone przez dokumenty przetargowe np. PFU i nie spełnienie tego warunku skutkować może wykluczeniem Wykonawcy. Takie działania ewidentnie wskazują na ograniczenie waloru jawności dokumentów w postępowaniu przetargowym w celu utrudnienia zapoznania się z nimi przez pozostałych Wykonawców, którzy przeglądając dokumentację postępowania czerpią wiedzę zarówno o konkurencji, jak również o działaniach Zamawiającego. (…)”.

Dalej Zamawiający wskazywał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa brak jest: *„uzasadnienia i wskazania z czego dokładnie wynika, iż zastrzeżone informacje mają charakter unikatowy, niespotykany w praktyce branży budowlanej. Samo nazwanie ich unikatowymi nie potwierdza, że zasługują na ochronę. Uzasadnienie wykonawcy pomimo swej słusznej objętości zawiera mnóstwo odniesień do argumentów opisywanych w sentencjach KIO lub sądów, ale nie opisuje wyczerpująco w jaki sposób konkurencja znając je mogłaby zyskać przewagę i jaką i w jaki sposób doznałby wykonawca szkodę. Ponadto w systemie „zaprojektuj i wybuduj” założenia Wykonawcy na etapie wyceny przedstawione mogą ulec zmianie podczas etapu projektowania. Pomimo iż wiele przetargów jest zlecanych w tym systemie to odcinki te różnią się zakresem prac wynikającymi m. in. z występowaniem różnych warunków gruntowo-wodnych czy innych warunków zamówienia, a wtedy wymagają one indywidualnego podejścia i wyceny poszczególnych etapów realizacji zamówienia. Wyjaśnienia te obszerne w swej treści nie zasługują na aprobatę z uwagi iż nie odnoszą się do konkretnych treści zawartych w wyjaśnieniach oraz nie wykazują wartości gospodarczej oraz nie wykazują w jaki sposób ww informacje miałyby być wykorzystane przez innych*

Wykonawców oraz nie wykazując „wymiernej przewagi cenowej" względem pozostałych Wykonawców".

Zamawiający stwierdził też, że: *„Trudno uznać za zasadne objęcie klauzulą tajemnica przedsiębiorstwa odpowiedzi Wykonawcy na pytania Zamawiającego, które zawierają jedynie potwierdzenie, że Wykonawca uwzględnił w cenie Oferty postanowienia PFU i Warunków Kontraktu".*

W ocenie Zamawiającego: *Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w odpowiedziach do ww. pytania. Wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy oraz liczne cytaty z orzecznictwa. Wykonawca nie wykazał w treści uzasadnienia, iż te mają charakter unikatowy, niespotykany w praktyce branży budowlanej, w związku z powyższym nie zasługują na ochronę. W uzasadnieniu nie wykazano, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji/ dokumentów oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłby innym podmiotom na uzyskanie informacji czy też przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wywrzeć na sytuację rynkową przedsiębiorcy. Nadto w uzasadnieniu nie wykazano istnienia związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów i informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca. Wykonawca opisuje w wyjaśnieniach możliwość wystąpienia szkody a także przewagi dla firm konkurencyjnych jednak nie opisuje tego na tyle wystraczająco, aby wskazać zamawiającemu w jaki dokładnie sposób, poprzez wykonanie jakich czynności miałaby nastąpić ww szkoda bądź osiągnięcie przez inne przedsiębiorstwa nadrzędnej pozycji wobec wykonawcy. Uzasadnienie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji powinno być sporządzone w taki sposób, aby zamawiający nie miał wątpliwości, że ma do czynienia z informacjami, które zasługują na szczególna ochronę".*

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że: *„kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Wykonawcy decydując się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą się zatem liczyć z ujawnieniem przekazywanych przez siebie informacji. Natomiast o zakwalifikowaniu danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie decyduje subiektywna wola Wykonawcy, lecz obiektywny fakt spełniania przez daną informację ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, co powinno zostać wykazane przez Wykonawcę, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.".*

Od powyższej czynności odtajnienia przez Zamawiającego w całości informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący wniósł odwołanie.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało częściowo uwzględnić.

Na wstępie podkreślić należy, że zasada jawności, wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp: postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ograniczenie tej zasady jest uregulowane w art. 18 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym: zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, a także w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącym, iż: nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej zwanej: „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.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Stwierdzenie istnienia przesłanek do objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie może się opierać wyłącznie na subiektywnym przekonaniu samego wykonawcy. Wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści pisma uzasadniającego zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, składanego Zamawiającemu.

Należy również dostrzec, iż Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny prawidłowości czynności podjętej przez Zamawiającego, jej zgodności z przepisami prawa i postanowieniami SWZ. W przypadku niniejszej sprawy Izba weryfikuje czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji, które Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie podjętej czynności znalazło swój wyraz w piśmie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2024 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uwzględniła odwołanie w zakresie w jakim Odwołujący kwestionował czynność odtajnienia części załączników do wyjaśnień treści oferty (z dnia 7 i 22 grudnia 2023 roku), tj. dokumentów w postaci: Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych (załącznik nr 2) i Polityka bezpieczeństwa i ochrony (załącznik nr 3).

Izba wskazuje za Odwołującym, że Zamawiający dokonując odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego (pismo z dnia 5 lutego 2024 roku) nie wskazał uzasadnienia powodu, jak i jakiegokolwiek komentarza do dokonania tej czynności w odniesieniu ww. dokumentów – załączników nr 2 i 3 do wyjaśnień treści oferty. Tym samym, Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób podjęcia tej czynności w stosunku do tych dokumentów, dokonując ich odtajnienia niejako „przy okazji" odtajnienia pozostałych informacji – wyjaśnień treści oferty.

W wyroku z dnia 20 marca 2023 roku (sygn. akt: KIO 623/23) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła;*„Izba zauważa, że czynność odtajnienia czy czynność utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do określnych informacji/dokumentów winna zawsze mieć odzwierciedlenie w aktach postępowania przetargowego i zawierać uzasadnienie. Stanowi to substrat zaskarżenia dla poszczególnych wykonawców. Jej brak uniemożliwia wykonawcom dokonania analizy poprawności decyzji Zamawiającego i ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej.".*

W uzasadnieniu odtajnienia informacji Zamawiający odnosił się tylko i wyłącznie do odpowiedzi Odwołującego na pytania zadane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentację w odniesieniu do odtajnienia: Wytycznych koncernu dotyczących korzystania z technologii informatycznych (załącznik nr 2) i Polityki bezpieczeństwa i ochrony (załącznik nr 3). Zamawiający przedstawił dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazując m.in., że: *„Do dokumentów tych ma zatem dostęp praktycznie nieograniczony krąg podmiotów, co w kontekście kwalifikowania danego rodzaju informacji pod kątem możliwości jej uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa (ograniczony krąg osób, którym znana jest dana informacja) ma kluczowe znaczenie. W tym zakresie Odwołujący nie wykazał w ogóle, by podjął działania w celu utrzymania tych danych (informacji) w poufności"*, a także: *„sam wykonawca w treści odwołania wskazuje, że nie mają one szczególnego waloru dla konkurencji, a treść tych załączników opisuje jednie procedury wewnętrzne stosowane u Odwołującego, mające na celu zachowanie poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem wykonawcy, że wobec tych dokumentów wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie ich treści w poufności. Już pobieżne zapoznanie się z treścią dokumentów wskazuje, że nie są one opatrzone żadną klauzulą typu – tajemnica, nie udostępniać".* Takiej argumentacji próżno szukać w piśmie z dnia 5 lutego 2024 roku.

Z tych też względów Izba uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności odtajnienia, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego, następujących dokumentów: Zał. nr 2 (Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych) oraz Zał. nr 3 (Polityka bezpieczeństwa i ochrony), stanowiących załączniki do wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pozostałym zakresie Izba uznała czynność odtajnienia dokonaną przez Zamawiającego za prawidłową i w przeważającej mierze podzieliła jego argumentację.

Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Odwołującego przy wyjaśnieniach treści oferty z dnia 7 i 22 grudnia 2023 roku, aczkolwiek obszerne w swej treści, to nie odnosi się do

konkretnych treści (informacji) zawartych w wyjaśnianiach oraz nie wykazuje wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a także nie wyjaśnia w jaki sposób zastrzeżone jako tajemnica informacje, mogłyby być faktycznie wykorzystane przez konkurentów na rynku.

Izba w składzie orzekającym podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 14 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3248/23), iż:
„Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. (…) nie jest rolą Zamawiającego dochodzenie, które informacje z szeregu przedstawionych wykonawca uważa za przedstawiające rzeczywistą wartość gospodarczą i jak należy identyfikować tę wartość. To na Wykonawcy spoczywał obowiązek, zgodnie z którym miał On w uzasadnieniu zastrzeżenia dokonać wykazania przesłanek umożliwiających z uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, by Zamawiający bez większych problemów mógł te dane zidentyfikować. Przy czym Izba zgadza się z tezami wynikającymi ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, że wykazanie przesłanki wartości gospodarczej nie musi oznaczać podania konkretnej wartość. Może ono polegać na rzeczowym uzasadnieniu, złożeniu wyjaśnień, w zależności od charakteru informacji bazowych. Wartość tę można omówić i wykazać w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji”.

Zdaniem Izby analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego w zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej informacji ma charakter gołosłownych zapewnień i ogólnych twierdzeń, podczas gdy jego obowiązkiem było omówić i wykazać, urealnić tę wartość w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, czy grup informacji. Swoją argumentację Odwołujący w istocie przedstawia w odniesieniu do całości zastrzeżonych informacji. Trudno w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa doszukać się argumentacji odnoszącej się przykładowo do informacji w zakresie bilansu robót ziemnych, czy też opisu obiektów inżynierskich nad przeszkodami, jak i posadowienia/wzmocnienia podłoża i jakiegokolwiek odniesienia do wymiernej wartości gospodarczej tych informacji. Pozostają tylko i wyłącznie ogólne deklaracje wykonawcy, że informacje zastrzeżone posiadają wartość gospodarczą, ponieważ stanowią know-how tegoż wykonawcy.

Brak w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego rzeczowego uzasadnienia, wskazującego na istotę wartości tych informacji. Są jedynie zawarte ogólnikowe zapewnienia wykonawcy, że: *„zastrzegane informacje stanowią jego „know-how” wypracowany latami, zbiór zasad postępowania, procedur zarządzania i kontroli nad projektem, reguł, wytycznych w zakresie m.in. bhp i p. poż, innowacji, zasad projektowania optymalnych rozwiązań konstrukcyjnych i technologicznych, a także ich dobór w odniesieniu do rozpoznanych warunków realizacyjnych, współpraca z podwykonawcami, oraz inne rozwiązania organizacyjne i technologiczne wykorzystywanych w ramach prowadzonych procesów budowlanych. Mają one charakter indywidualnie dobrany do przedsiębiorstwa Wykonawcy i stosowany w kolejnych postępowaniach w ramach przygotowania oferty, a potem w toku realizacji inwestycji”*, a także, iż: *„O wartości i wadze tych informacji świadczy fakt, iż ich ujawnienie naraziłoby Wykonawcę na szkodę i stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Konkurenci rynkowi pozyskaliby informacje, które dałyby im przewagę w ramach kolejnych postępowań przetargowych. Gdyby informacje te nie miały dla Wykonawcy „wartości gospodarczej nie czyniłby starań aby zachować je w poufności.”.*

W żaden sposób powyższa argumentacja nie tłumaczy realnej wartości zastrzeganych informacji, ich rzeczywistego znaczenia dla wykonawcy odwołującego się.

Odwołujący wskazywał także w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, iż: *„rozwiązania te są powszechnie dostępne, ale to sposób ich doboru, połączenia i zorganizowania, a także dobrania spośród wielu tego jednego-optymalnego dla danego projektu, stanowi element kluczowy i posiada wartość gospodarczą, tak istotną dla konkurencji. Konkurencja zaoszczędziłaby bowiem zarówno czas jak i koszty, poznając te unikalne rozwiązania Wykonawcy.”.* Także tutaj uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe, wyraża jedynie subiektywną ocenę wykonawcy, bez wskazania w istocie na czym polega wartość gospodarcza zastrzeganych informacji, czy wskazania choćby w jaki sposób konkurenci mogą te informacje wykorzystać i czy faktycznie niosłoby to ze sobą powstanie szkody po stronie Odwołującego. Nie wystarczą w tym zakresie jedynie gołosłowne twierdzenia. Zadaniem wykonawcy jest pokazanie rzeczywistych i wymiernych zagrożeń/ szkód jakie mogą powstać po jego stronie, uprawdopodobnienie ich wystąpienia.

Znamienne jest także to, na co również wskazywał Zamawiający, iż Odwołujący zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa uczynił to również w stosunku do informacji, w ramach których potwierdzał tylko i wyłącznie uwzględnienie założeń wynikających z PFU i później – już na etapie odwołania – próbował miarkować swoje stanowisko w tym zakresie.

Reasumując, podnieść należy, że zawsze trzeba wyważyć interes publiczny i związaną z nim zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uzasadnionym interesem wykonawcy w postaci ochrony tajemnicy jego przedsiębiorstwa. To po stronie wykonawcy należy wykazanie i przekonanie Zamawiającego, że podane przez niego informacje zasługują na objęcie taką tajemnicą. Tymczasem w uzasadnieniu złożonym przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. jest wiele subiektywnych twierdzeń, że zastrzeżone przez niego informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz brak jest wskazania obiektywnych przesłanek w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

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

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części,

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwoty po 3 600,00 zł, stanowiące koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego.

Izba stosunkowo rozdzieliła pomiędzy Stronami koszty postępowania odwoławczego (po 1/2) mając na uwadze, że zarzuty Odwołującego w części się potwierdziły i w oparciu o powyższe Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł, stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca: ……..…….