

Sygn. akt: KIO 2742/23

WYROK
z dnia 2 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę odwołującego **Heller Consult sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,** przy udziale wykonawcy **Politrafic sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Heller Consult sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Heller Consult sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa, na rzecz zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt KIO 2742/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przetwarzanie, weryfikacja i analiza danych ze stacji ciągłych pomiarów ruchu z lat 2023-2025”, numer referencyjny: DPZ.DPZ-4.2421.7.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.06.2023 r., nr 2023/S 119- 375638.

Pismem z dnia 31.08.2023 r. Zamawiający poinformował o uznaniu za jawny dokumentu „Metodyka” złożonego wraz z ofertą przez wykonawcę Heller Consult sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 8, 00-613 Warszawa (dalej: „Odwołujący”).

W dniu 18.09.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez podjęcie decyzji o ujawnieniu, złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego tj. treści metodyki o której mowa w pkt 16.5 ppkt 2) IDW (Tom I SWZ) pomimo, że Odwołujący w sposób prawidłowy wykazał, że informacje te stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2022 poz. 1233), zwanej dalej: „uznk”,
- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 uznk poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, o czym świadczy decyzja Zamawiającego o ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Odwołujący kwestionuje prawidłowość ustalenia Zamawiającego, że nie wykazał on, iż zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Decyzja Zamawiającego stanowi duże zaskoczenie dla Odwołującego, gdyż w poprzednich latach, w tożsamych postępowaniach prowadzonych przez niego, w sposób dokładny taki sam zastrzegał przedmiotowe informacje jako stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nigdy Zamawiający żadnych zastrzeżeń w tym zakresie nie zgłaszał. (...)

Uwzględniając zatem charakter i rodzaj informacji zastrzeżonych przez Odwołującego tj. metodykę prezentującą takie informacje jak:

- autorskie metody analizy danych, weryfikacji przesunień czasowych struktury baz danych, metody weryfikacji dobowych i tygodniowych rozkładów ruchu w odniesieniu do ich jakości oraz sposób organizacji procesu weryfikacji danych ze stanowisk WIM

Odwołujący uznaje, że w sposób wystarczający wykazał, że ww. informacje stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

a) W odniesieniu do poniższej przesłanki zastrzeżenia:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą
Odwołujący zwraca uwagę, że w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego zabrakło jakiegokolwiek wyjaśnienia dlaczego uznaje on, że przedstawił w tym zakresie uzasadnienie jest ogólnikowe i niewystarczające, stąd też podjęcie z Zamawiającym polemiki w tym zakresie jest utrudnione. W opinii Odwołującego, uwzględniając charakter zastrzeganych informacji, zbędne jest udowadnianie okoliczności oczywistej, że informacje tak niewrażliwe jak:

- autorskie metody analizy danych, weryfikacji przesunień czasowych struktury baz danych, metody weryfikacji dobowych i tygodniowych rozkładów ruchu w odniesieniu do ich jakości oraz sposób organizacji procesu weryfikacji danych ze stanowisk WIM

mają charakter techniczny, technologiczny, w tym, że mają wartość gospodarczą. Wskazanie i podkreślenie istoty, treści tego rodzaju informacji, co Odwołujący uczynił w złożonym uzasadnieniu spełnia wymóg „wykazania”, analogicznie jak wystarczające jest jedynie podkreślenie, że szczegóły kalkulacji ceny oferty mają taki charakter.

b) W odniesieniu do kolejnej przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk tj.

- 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

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał:

- „Decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana [...]”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający zakwestionował jako uzasadnione, twierdzenie Odwołującego, iż zastrzeżona „metodyka” nie jest publicznie znana. Można jednak zadać sobie pytanie, w jaki sposób Odwołujący miałby wykazać fakt negatywny, że tego rodzaju dokument, przygotowany w takiej postaci specjalnie na użytek przedmiotowego postępowania nie jest publicznie znany? Udowodnianie okoliczności negatywnej jest w zasadzie niemożliwe, stąd nieuzasadnione jest oczekiwanie od Odwołującego wykazania tej okoliczności. W opinii Odwołującego, m.in. z powodu charakteru wynikających z art. 11 ust. 2 uzkn przesłanek traktowania informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wymaga od wykonawców jedynie wykazania spełnienia tych przesłanek, a nie ich udowodnienia. Gdyby obowiązkiem wykonawcy było udowodnienie, a nie wykazanie przedmiotowych przesłanek, to z pewnością w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp Ustawodawca użyłby określeń takich jak np. w art. 114, art. 85 ust. 2 ustawy Pzp („udowodnienie”).

W odniesieniu do stwierdzenia Zamawiającego, że niniejsza przesłanka wynika tylko ze swobodnego uznania Odwołującego istotne ponadto jest zwrócenie uwagi, że w postępowaniach zakupowych w tym samym przedmiocie organizowanych przez Zamawiającego w poprzednich latach Odwołujący konsekwentnie zastrzegał metodykę jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa i nigdy nie podlegała ona ujawnieniu. Zawartość tego wykazania była tożsama z przedmiotowym. Zamawiający ma zatem świadomość, że metodyka ta nigdy nie była publicznie znana.

c) W odniesieniu do ostatniej przesłanki z art. 11 ust 2 uzkn tj.

- podjęto w stosunku do zastrzeżonej informacji, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności należy wskazać, że całkowicie nieuzasadnione jest zakwestionowanie przez Zamawiającego prawidłowości działań Odwołującego w powyższym zakresie.

Wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek zastrzeżenia w ofercie, że dane informacje nie mogą być udostępniane niewątpliwie dotyczy poniższej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

- o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Poczynione zatem w ofercie zastrzeżenie (złożenie stosownych oświadczeń oraz odpowiednie oznaczenie zastrzeganych informacji) było działaniem podjętym w celu utrzymania danych informacji w poufności, a zatem realizujących przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak skuteczności ww. działań stwierdzając:

- wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, które Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinny być załączone na Platformie w osobnym pliku z oznaczeniem „Tajemnica przedsiębiorstwa”. Wykonawca nie dołożył wymaganej staranności w tej kwestii.

Odwołujący nie może zgodzić się z powyższym ustaleniem Zamawiającego. (...) Uzasadniając powyższe należy wskazać po pierwsze, że już na samej platformie postępowania, składając ofertę, w sposób wyraźny oznaczył plik „metodyka” jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Następnie w treści formularza ofertowego, w pkt 9, w sposób jednoznaczny i czytelny wskazał, która część jego oferty, który plik/dokument, jest zastrzegany. (...) Również w spisie załączników do oferty (pkt 13) Odwołujący poinformował, że opracowanie „SCPR2325_Metodyka” stanowi w całości tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Następnie sam dokument „SCPR2325_Metodyka” na swojej pierwszej stronie opatrzony został czytelną i jednoznaczną adnotacją „INFORMACJE STANOWIĄCE TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA”. (...) Powyższe potwierdza, że wbrew ustaleniom Zamawiającego zastrzeżone informacji znalazły się w osobnym pliku, który zgodnie z jednoznaczną informacją zawartą w formularzu platformy przetargowej oraz pkt 9 i 13 formularza ofertowego w całości zawierał tajemnicę przedsiębiorstwa. Sama okoliczność, że w nazwie pliku nie zawierała oznaczenia „tajemnica przedsiębiorstwa” nie oznacza w tej sytuacji braku skuteczności zastrzeżenia. Zamawiający zarzucił ponadto Odwołującemu brak przedstawienia postanowień obowiązujących u niego regulaminów i instrukcji dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji, czy choćby przykładowej treści tych klauzul poufności.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący ponownie wskazuje, że wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. nie oznacza, że obligatoryjne jest każdorazowe załączanie dowodów na okoliczności wskazywane w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak zostało to już wskazane zakres tego „wykazania” jest zależny od rodzaju zastrzeganych informacji. W opinii Odwołującego, w odniesieniu do omawianej przesłanki, w przypadku przedmiotowych informacji, poczynione przez niego wyraźne zakomunikowanie otoczeniu woli ustanowienia ich tajemnicą przedsiębiorstwa było wystarczające. Przedmiotem zastrzeżenia nie były osoby, nazwy podwykonawców itp. gdzie można by ewentualnie oczekiwać klauzul poufności od osób, których przekazywane informacje dotyczyły.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że poczynione dodatkowo w złożonym uzasadnieniu oświadczenie o stosowaniu w umowach zawieranych z pracownikami klauzul poufności było w pełni wystarczające. Przedłożenie, czego oczekiwał Zamawiający „przykładowych klauzul poufności” i tak przecież nie stanowiłoby dowodu, że osoba, która w przedsiębiorstwie Odwołującego miała dostęp do zastrzeżonych informacji faktycznie zobowiązała się do zachowania poufności.”

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji z dnia 31.08.2023 r. o odtajnieniu złożonego wraz z ofertą dokumentu „Metodyka” z wyjątkiem części tego dokumentu zawierającej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 4 dokumentu), która to część podlega odtajnieniu,
- 2) utrzymanie w poufności złożonego wraz z ofertą dokumentu „Metodyka” z wyjątkiem części tego dokumentu zawierającej uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 4 dokumentu), która to część podlega odtajnieniu.

Pismem z dnia 22.09.2023 r. wykonawca Politraffic sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 27, 00-867 Warszawa (dalej: „Przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 29.09.2023 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przetwarzanie, weryfikacja i analiza danych ze stacji ciągłych pomiarów ruchu z lat 2023-2025.

W pkt 21 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał kryteria oceny ofert:
Cena – 55 % = 55 pkt
Metodyka – 45 % = 45 pkt

Kryterium „Metodyka (M)” ma być oceniane na podstawie składanego wraz z ofertą opracowania pn. „Metodyka” w oparciu o podkryteria A i B, w których m.in. wskazano:

Podkryterium A - Przedstawienie sposobu przetwarzania danych źródłowych, weryfikacji i analizy danych z SCPR i innych źródeł danych, jaki Wykonawca zamierza stosować w trakcie realizacji tego zamówienia, w celu uwzględnienia wymagań określonych w OPZ i załącznikach do OPZ. Opracowanie powinno zawierać w szczególności:

- o Merytoryczny opis sposobu przetwarzania danych, weryfikacji i analiz danych z SCPR i innych źródeł danych o ruchu, jaki Wykonawca zamierza stosować podczas realizacji zamówienia.
- o Merytoryczny opis sposobu zbierania, archiwizowania i wykorzystywania informacji o zdarzeniach, zmianach w sieci dróg oraz zmianach i awariach stanowisk w bieżącej analizie i weryfikacji danych. W opracowaniu należy opisać źródła danych, planowane bazy danych i comiesięczne raporty oraz interwały aktualizacji danych.
- o Merytoryczny opis sposobu weryfikacji dobowych rozkładów ruchu z poszczególnych stanowisk pomiarowych, jaki Wykonawca będzie stosował w bieżącej pracy, z uwzględnieniem planowanej metody szacowania brakujących danych wraz z przykładami obliczeń. Wykonawca powinien zaprezentować w jaki sposób będzie identyfikował i korygował przesunięcia czasu.

Podkryterium B - Przeprowadzenie weryfikacji danych i wskazanie ewentualnych braków, wraz z ich doszacowaniem, przekonwertowanie danych z formatu źródłowego do UFD oraz obliczenie wielkości Średniego Dobowego Ruchu w miesiącu, przy zachowaniu wszystkich wymagań określonych OPZ, wraz z opisem przeprowadzonych działań.

Odwolujący złożył dokument „Metodyka” i zastrzegł go jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał:

„Opisane w niniejszym dokumencie metody przetwarzania i analizy danych zostały opracowane przez Wykonawcę w toku przeprowadzonych wewnętrznych prac badawczo-rozwojowych. Metody te stanowią podstawę oferowanych przez Wykonawcę usług. W szczególności, opracowane i zaprezentowane w podkryterium B elementy rozwiązania dotyczące weryfikacji i szacowania danych są rozwiązaniami technologicznymi wcześniej nie udostępnianym z tak szczegółowym opisem i prezentacją wykorzystywanych form graficznych. Autorskie metody analizy danych, weryfikacji przesunięć czasowych struktury baz danych jak również metody weryfikacji dobowych i tygodniowych rozkładów ruchu w odniesieniu do ich jakości, o których mowa w podkryterium A stanowią istotny element oferowanych rozwiązań tworzących wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Sposób organizacji procesu weryfikacji danych ze stanowisk WIM (podkryterium B) jest podejściem wyróżniającym działalność Wykonawcy na tle innych podmiotów działających na rynku. Procesy te stanowią szczególną wartość dla Wykonawcy będąc istotnymi elementami przewagi konkurencyjnej.

Firma Heller Consult spółka z o.o. podjęła kroki w celu skutecznej ochrony własności gospodarczej, poprzez niepodawanie do publicznej wiadomości rozwiązań opisanych w niniejszym dokumencie. Stosowne zapisy (klauzule poufności) dotyczące ochrony know-how są od lat umieszczane w umowach o pracę oraz kontraktach cywilnoprawnych. Podjęte działania stanowią skuteczną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa.”

W dniu 31.08.2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że uznaje zastrzeżony dokument za jawny z uwagi na brak skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

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 stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), 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.

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.

Z powyższych przepisów wynika, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże jej zaistnienie wykonawca musi wykazać.

Odnosząc się do argumentacji Stron przedstawionej w niniejszej sprawie, po pierwsze należy podkreślić, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający ocenia na podstawie uzasadnienia przedstawionego w tym zakresie przez wykonawcę, nie zaś na podstawie treści zastrzeżonych informacji. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje bowiem, że obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia spoczywa na wykonawcy. Tym samym zamawiający nie może w oparciu o treść zastrzeżonych informacji i własne przekonania oceniać, czy informacje te zasługują na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, czy nie, gdyż stanowiłoby to w istocie wyręczenie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy. Zamawiający może sięgnąć do zastrzeżonych informacji co najwyżej po to, by sprawdzić, czy argumentacja zawarta w uzasadnieniu zastrzeżenia znajduje potwierdzenie w zastrzeżonych informacjach (np. co do ich charakteru), ale nie może - w sytuacji, gdy wykonawca nie zawarł stosownego uzasadnienia - sam szukać tego uzasadnienia w zastrzeżonym dokumencie/informacjach. Raz jeszcze bowiem należy podkreślić, że źródłem oceny tego, czy zasadnie zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa jest uzasadnienie zastrzeżenia

przedstawione w tym zakresie przez wykonawcę.

Po drugie, należy zauważyć, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Jak wielokrotnie już wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, sformułowanie „wykazał” nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Wykonawca zobowiązany jest więc „udowodnić” zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli złożyć w tym zakresie konkretne, spójne, szczegółowe uzasadnienie wraz z dowodami, gdyż tylko takie uzasadnienie może być przez zamawiającego zweryfikowane pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby „wykazanie”, o którym mowa w ww. przepisie miało być rozumiane wyłącznie jako składanie oświadczeń w zakresie ziszczenia się przesłanek z art. 11 ust. 2 unkw, ustanawianie wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego byłoby pozbawione sensu, gdyż każdy wykonawca mógłby składać dowolne deklaracje w tym zakresie i zasada jawności stałaby się iluzoryczna.

Podsumowując: wykonawca chcąc skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać, czyli udowodnić ziszczenie się przesłanek z art. 11 ust. 2 unkw, a zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia na podstawie sporządzonego przez wykonawcę w tym celu uzasadnienia. Jeśli wykonawca nie udowodni, że określone informacje zasadnie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, obowiązkiem zamawiającego jest te informacje ujawnić.

Przechodząc do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w niniejszej sprawie, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w piśmie z dnia 31.08.2023 r. Zamawiający rzeczywiście nie odniósł się szczegółowo do pierwszej z przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 unkw, tj. do kwestii charakteru zastrzeżonych informacji i wartości gospodarczej. Niemniej jednak Zamawiający wskazał w tym piśmie trzy przesłanki zawarte w ww. przepisie i stwierdził, że Odwołujący był zobowiązany wykazać łączne ich wystąpienie, „czego Wykonawca nie uczynił”. W tym zakresie Zamawiający ma rację, ponieważ Odwołujący w ogóle nie wyjaśnił w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dlaczego uznaje informacje zawarte w podkryterium B (rozwiązania dotyczące weryfikacji i szacowania danych) za rozwiązania technologiczne i dlaczego informacje zawarte w podkryterium A (autorskie metody analizy danych, weryfikacji przesunięć czasowych struktury baz danych jak również metody weryfikacji dobowych i tygodniowych rozkładów ruchu w odniesieniu do ich jakości) uznaje za posiadające wartość gospodarczą. Z pewnością samo oświadczenie, że: „Sposób organizacji procesu weryfikacji danych ze stanowisk WIM (podkryterium B) jest podejściem wyróżniającym działalność Wykonawcy na tle innych podmiotów działających na rynku” nie dowodzi technologicznego charakteru informacji, jak też oświadczenie o „istotnych elementach przewagi konkurencyjnej” nie dowodzi wartości gospodarczej. W związku z powyższym nie jest zasadne stanowisko Odwołującego, jakoby Zamawiający miał obowiązek zapoznać się z zastrzeżonym dokumentem pn. „Metodyka” i na jego podstawie samodzielnie ocenić charakter zastrzeżonych informacji i ich wartość gospodarczą. Jak już wyżej wskazano, obowiązek wykazania powyższych przesłanek spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający nie odniósł się szczegółowo także do drugiej przesłanki dotyczącej tego, by zastrzeżone informacje nie były powszechnie znane, choć również wymienił ją w piśmie z dnia 31.08.2023 r. jako niewykazaną przez Odwołującego. Odwołujący co do zasady ma rację twierdząc, że nie sposób jest wykazać przesłankę negatywną, niemniej jednak w ocenie Izby można ją przynajmniej szczegółowo uzasadnić, powołując się na dowody składane także dla przesłanki trzeciej, czyli zachowania informacji w poufności. Odwołujący nie podjął takiego działania. Izba zauważyła przy tym jedynie na marginesie (gdyż Zamawiający tego nie podniósł), że Odwołujący napisał w uzasadnieniu, iż „opracowane i zaprezentowane w podkryterium B elementy (...) są rozwiązaniami technologicznymi wcześniej nie udostępnianym z tak szczegółowym opisem i prezentacją wykorzystywanych form graficznych”, który to fragment może być rozumiany w ten sposób, że rozwiązania te były wcześniej udostępniane, tylko nie z tak szczegółowym opisem i prezentacją. W związku z tym Izba zwraca uwagę, że przygotowując uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, trzeba z należytą uwagą formułować zawartą w nim argumentację.

Z kolei w zakresie przesłanki trzeciej dotyczącej zachowania informacji w poufności, Odwołujący powołał się jedynie na to, że: „Stosowne zapisy (klauzule poufności) dotyczące ochrony know-how są od lat umieszczane w umowach o pracę oraz kontraktach cywilnoprawnych”. Słusznie zatem Zamawiający podniósł w piśmie z dnia 31.08.2023 r., że Odwołujący mógł i powinien wykazać stosownymi dowodami, że działania takie w istocie są podejmowane. Tymczasem Odwołujący ograniczył się do oświadczenia o umieszczeniu w umowach klauzul poufności, w żaden sposób nie wykazując ich rzeczywistego stosowania, czyli nie składając w tym celu żadnych dowodów. Nie ma przy tym znaczenia art. 100 § 2 pkt 4 kodeksu pracy, gdyż jego treść nie zwalnia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne z obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto właśnie dla rzeczywistego zachowania określonych informacji w tajemnicy w interesie wykonawcy leży skonkretyzowanie w umowie z pracownikiem lub innym podmiotem, jakie informacje uważa za poufne i narażające go na szkodę w przypadku ich ujawnienia.

Nie ma także znaczenia fakt, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach Zamawiający nie odtajniał „Metodyki” zastrzeżonej przez Odwołującego z analogicznym uzasadnieniem. Zamawiający nie jest związany swoimi czynnościami podejmowanymi w innych postępowaniach i fakt dokonywania uprzednio takich czynności (lub zaniechań) nie dowodzi nieprawidłowości czynności podejmowanych w obecnym postępowaniu. Z tych też powodów dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci pierwszych stron dokumentu „Metodyka” z 2018 r. i 2021 r. wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała za nieprzydatne.

Reasumując, Odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawiając ogólnikowe uzasadnienie opierające się na gołosłownych oświadczeniach, nie popartych żadnymi dowodami. Tym samym Odwołujący nie wykazał zasadności objęcia dokumentu pn. „Metodyka” tajemnicą przedsiębiorstwa, co obowiązało Zamawiającego do jego ujawnienia. Dlatego też Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 unkw i oddaliła odwołanie.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca