

Sygn. akt: KIO 3368/23

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias
Członkowie: Monika Banaszekiewicz
Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie**, przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 3368/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piask - Hrebenne”, odcinek nr 3: węzeł „Krasnystaw Północ” („Krasnystaw 1”) wraz z węzłem - węzeł „Izbica” („Tarczyniechy”) wraz z węzłem, numer referencyjny: O/LU.D- 3.2410.10.2022AW. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dz.U. U. E. z dnia 28.12.2022 r. pod numerem: 2022/S 250-731064.

W dniu 10 listopada 2023 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu w całości wszystkich informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w:

1) piśmie znak: OI/S17„zad.3/ACH/016/2023 z dnia 09.10.2023 r.
- plik o nazwie

wyjasnienie_tresci_oferty_mostostal_09.10.23_tajne wraz z załącznikami zamieszczonymi w folderze o nazwie załączniki_nr_I-5_sl7_tajne, tj. pliki:

-I_S17_Profil_MW_TAJNE,

- 2_Obiekty_inzynierskie_S17_MW_TAJNE

oraz

2) piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia 24.10.2023 r.
- plik o nazwie sl7_3_wyjasnienie_tresci_ofertyji_mostostal_24.10.2023 jawne wraz z

załącznikami o nazwie plików:

-sl7_3_wyjasnienie_tresciofertyJLmostostal_24.10.2023Jajne,

- rys_l_plan_sytuacyjny_tajne,
- rys_2_profil_podluzny_2_tajne

Odwołujący zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

(1)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 pkt 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez podjęcie decyzji wyrażonej w piśmie z dnia 31.10.2023 r., znak O/LU.D-3.2410.10.2022.56.AW, o odtajnieniu w całości wszystkich informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przekazanych wraz z wyjaśnieniami treści oferty z dnia 09.10.2023 r. (znak pisma: OI/S17_zad.3/Ach/016/2023) oraz z dnia 24.10.2023 r. (znak pisma: OI/S17_zad.3/SB/017/2023), pomimo że znajdują się w nich informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a Odwołujący zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu ustawy Pzp, wraz z ich przekazaniem Zamawiającemu, jednoznacznie zastrzegł, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 2 uznk, nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

(2)innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

(1)uwzględnienie odwołania w całości;

(2)nakazanie Zamawiającemu utajnienia w całości wszystkich informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartych w 1) piśmie znak: OI/S17_zad.3/AC h/016/2023 z dnia 09.10.2023 r. - plik o nazwie wyjasnienie_tresci_oferty_mostostal_09.10.23_tajne wraz z załącznikami zamieszczonymi w folderze o nazwie zalaczniki_nr_l-5_sl7_tajne, tj. pliki: - l_S17_Profil_MW_TAJNE, - 2_Obiekty_inzynierskie_S17_MW_TAJNE, oraz 2) piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia 24.10.2023 r. - plik o nazwie sl7_3_wyjasnienie_tresci_ofertyJi_mostostal_24.10.2023_TAJNE (przy czym Zamawiający w piśmie z dnia 31.10.2023 r. wskazał „jawne”) wraz z załącznikami o nazwie plików: sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023_tajne,

rys_l_plan_sytuacyjny_tajne, - rys_2_profil_podluzny_2_tajne - wobec skutecznego zastrzeżenia przez Odwołującego tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

(3)zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że:

Naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 pkt 2 uznk

Pismem z dnia 31.10.2023 r., znak O/LU.D-3.2410.10.2022.56.AW, Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu w całości wszystkich informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w 1) piśmie znak: OI/S17_zad.3/ACh/016/2023 z dnia 09.10.2023 r. - plik o nazwie wyjasnienie_tresci_oferty_mostostal_09.10.23_tajne wraz z załącznikami zamieszczonymi w folderze o nazwie zalaczniki_nr_l-5_sl7_tajne, tj. pliki:

- l_S17_Profil_MW_TAJNE,

2_Obiekty_inzynierskie_S17_MW_TAJNE, - 3.1_polityka-poufnosci-informacji-mw-7.12.2022fin

(3)_TAJNE, - 3.2_Uchwała Zarządu 67_2022 polityka-poufnosci-informacji_TAJNE, - 4.1_polityka-ochrony-danych-osobowych_TAJNE,- 4.2_Uchwała Zarządu 52_2022 polityka-ochrony-danych- osobowych_TAJNE, - 5.1_polityka-obięgu-informacji-poufnych_TAJNE, - 5.2_Uchwała Zarządu 1089_VIII_2017 polityka-obięgu-informacji-poufnych_TAJNE oraz 2 piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia 24.10.2023 r. - plik o nazwie sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023Jawne wraz z załącznikami o nazwie plików: - sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023_tajne, - rys_l_plan_sytuacyjny_tajne, rys_2_profil_podluzny_2_tajne, 2) piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia 24.10.2023 r. - plik o nazwie sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023Jawne wraz z załącznikami o nazwie plików: - sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023_tajne, - rys_l_plan_sytuacyjny_tajne, - rys_2_profil_podluzny_2_tajne, uznając, że Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji, albowiem nie wykazał, że przedmiotowe dokumenty i informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk. W uzasadnieniu odtajnienia ww. informacji stwierdzono, że „Zamawiający nie podziela argumentacji Wykonawcy zaprezentowanego w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie przesłanek dokonania tego zastrzeżenia. W jego ocenie uzasadnienie to ma charakter blankietowy, zawierający liczne cytaty z orzecznictwa, jednakże nieadekwatne do okoliczności występujących w niniejszej sprawie, a zatem nie mające

obiektywnego charakteru.

Pomimo jednak powyższych zarzutów pod adresem uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to właśnie uzasadnienie odtajnienia tychże informacji zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 31.10.2023 r., znak O/LU.D-3.2410.10.2022.56.AW, jest uzasadnieniem blankietowym, nieadekwatnym do okoliczności występujących w niniejszej sprawie.

Dowód:

pismo Zamawiającego o odtajnieniu z dnia 31.10.2023 - zał. nr 3

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w piśmie Zamawiającego i podnosi, że zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz uwzględniając obowiązujące przepisy art. 11 ust. 2 uznk zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w 1) piśmie znak: OI/S17_zad.3/ACH/016/2023 z dnia

09.10.2023r. - plik o nazwie wyjasnienie_tresci_oferty_mostostal_09.10.23_tajne wraz z załącznikami zamieszczonymi w folderze o nazwie zalaczniki_nr_l-5_sl7_tajne, tj. pliki: - I_S17_Profil_MW_TAJNE, - 2_Obiekty_inzynierskie_S17_MW_TAJNE, oraz w 2) piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia

24.10.2023r. - plik o nazwie sl7_3_wyjasnienie_tresci_oferty_ii_mostostal_24.10.2023_TAJNE wraz z załącznikami o nazwie plików: - sl7_3_wyjasnienie_tresa_oferty_ii_mostostal_24.10.2023_tajne, - rys_l_plan_sytuacyjny_tajne, - rys_2_profil_podluzny_2_tajne, **stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.**

Odwołujący z całą mocą podkreśla, że w dołączonym do wyjaśnień z 09.10.2023 r. uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w sposób jednoznaczny zidentyfikował zakres i istotne cechy tych informacji mieszczących się w graniach definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a tym samym wykazał charakter konkretnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego jakoby Odwołujący nie przestrzegał zasady „minimalizacji zastrzeżeń”, pragniemy zauważyć, że utajnienie nastąpiło w sposób selektywny i jego przedmiot w odniesieniu do danych o obiektach inżynierskich stanowią wyłącznie informacje w zakresie założeń/rozwiązań projektowych dotyczących profilu podłużnego trasy głównej wraz z lokalizacją obiektów inżynierskich, planu sytuacyjnego oraz określonych przewidywanych parametrów obiektów inżynierskich, a także informacje dotyczące m.in. zakresu optymalizacji, kalkulacji ceny oraz źródeł zaopatrzenia w kluczowe materiały budowlane. Fakt, że stanowią one odrębne załączniki oznaczone jako „tajne” nie uniemożliwia, a wręcz nakazuje Odwołującemu chronić je w całości i przyjąć taki sposób anonimizacji dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Treści zawarte w odrębnych załącznikach podlegają w całości utajnieniu jednak nie ze względu na format ich przekazania, lecz treść.

Przyjmując nawet, za Zamawiającym, zasadę „minimalizacji zastrzeżeń”, należy jednak zwrócić uwagę, że zasada ta nie może prowadzić do ograniczenia prawa każdego wykonawcy do wyłączenia jawności informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Także to, że możliwość utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności w zamówieniach publicznych nie może być interpretowane w oderwaniu od definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 pkt 2 uznk.

Podkreślamy przy tym jednak, że niniejsze odwołanie nie dotyczy dokumentów wskazanych w pkt 1) ppkt 3.1 - 5.2 pisma odtajnającego z dnia 31.10.2023 r., a dotyczących dokumentów organizacyjnych regulujących kwestie szeroko rozumianej polityki i standardów poufności w spółce Odwołującego.

Odnosząc się, z kolei, do zakresu zaskarżanej decyzji o odtajnieniu, Odwołujący zwraca uwagę, że w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa zawartym w piśmie z dnia 09.10.2023 r., stosownie do wymogu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazał w szczególności:

„Informacje zastrzeżone niniejszym przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy. Zastrzeżony dokument obejmuje bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane dotyczące kluczowych rozwiązań technicznych i technologicznych realizacji przedmiotu zamówienia oraz czynników cenotwórczych oferty. Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert. Informacje te, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, w szczególności formułę zaprojektuj i buduj, w której jest planowana realizacja zamówienia, niosą ze sobą istotny walor intelektualny, który z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy na rynku i konkurencyjności ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowią ważny element

działalności wykonawcy o wymiernej wartości. Ułatwienie innym wykonawcom dostępu do tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych, czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, prowadziłoby do jawnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisach ustawy Pzp, co tym bardziej uzasadnia właściwość utajnienia zawartych w nich informacji (...). Dodatkowo podkreślić należy, iż zarówno oferty jak i kontrakty zawarte z większością podmiotów współpracujących zawierają w sobie, obwarowane sankcjami cywilnymi, klauzule o zastrzeżeniu poufności, nakazujące zastrzegać zarówno sam fakt zawarcia porozumienia o współpracy, jak również wszelkie materiały, dokumenty oraz informacje otrzymane lub uzyskane do Wykonawcy, w szczególności techniczne, technologiczne bądź handlowe przekazywane w jakiegokolwiek formie, włączając w to patenty, tajemnice handlowe, know-how, dane marketingowe, dokumenty finansowe, programy komputerowe, informacje proceduralne, projekty, a także jakiegokolwiek informacje, materiały i dokumenty wytworzone przez Wykonawcę w związku z realizacją współpracy. Ponadto strony takiego porozumienia zobowiązują się do podjęcia wobec swoich pracowników i współpracowników wszelkich stosownych działań w celu zachowania przez nich poufności. Obowiązek zachowania poufności dotyczy także zakazu wykorzystywania informacji poufnych dla celów innych niż współpraca przy danym zamówieniu. Także sam Wykonawca jest zobowiązany do zachowania w poufności informacji uzyskiwanych od podmiotów współpracujących. Naruszenie tych klauzul, pomijając już sam fakt ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez Wykonawcę, naruszyłoby jego przyszłe interesy, ograniczając wiarygodność Wykonawcy jako partnera handlowego. To z kolei, mogłoby spowodować trudności w zawieraniu kontraktów w przyszłości. Zaistnienie tego rodzaju zdarzenia miałoby wymiar w najwyższym stopniu negatywny dotycząc także innych podmiotów z grupy kapitałowej Wykonawcy (...)"

Zdziwienie Odwołującego budzi fakt, że sam Zamawiający przywołuje ten fragment uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wywodząc z niego całkowicie odmienne wnioski i bezzasadnie deprecjonując charakter zawartych w nim informacji jako nieuzasadniających istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Powyższe odnosi się bowiem do konkretnych zastrzeganych informacji w przedmiotowym postępowaniu, nawet jeżeli takie stanowisko Wykonawcy poparte było dodatkowo orzecznictwem KIO odnoszącym się do informacji o identycznym charakterze jak te zastrzegane przez Wykonawcę.

Mostostal nie zgadza się z wyrażonym w piśmie Zamawiającego gołosłownym poglądem jakoby całkowicie pozbawiona podstaw była obawa poniesienia przez Odwołującego negatywnych konsekwencji dla prowadzonej przez niego działalności, w przypadku ujawnienia aktualnie utajnionych informacji. Kwestia ta została szeroko omówiona w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, a Zamawiający nie przedstawił argumentów niweczących stanowisko Wykonawcy. Niezrozumiałe jest też odmawianie im przez Zamawiającego charakteru tajemnic handlowych, strategii firmy, kontaktów handlowych czy sposobu prowadzenia polityki cenowej i pozyskanych ofert, których naruszenie może bezspornie wpłynąć znacząco na utratę przewagi konkurencyjnej Odwołującego w przyszłych analogicznych przedmiotowo postępowaniach o zamówienie publiczne. Kwestia posiadania przez tego rodzaju informacje waloru tajemnicy przedsiębiorstwa była wielokrotnie i szeroko analizowana w orzecznictwie, także KIO, i można stwierdzić, że nie budzi żadnych wątpliwości to, że powyższe informacje obiektywnie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Za całkowicie chybione należy też uznać stanowisko Zamawiającego jakoby „określane przez Wykonawcę jako „kluczowe rozwiązania techniczne i technologiczne realizacji przedmiotu zamówienia oraz czynniki cenotwórcze oferty” nie mają stałego charakteru, a są jedynie przyjęte do realizacji tego zadania”.

Odwołujący nie zgadza się zatem z poglądem jakoby objęte utajnieniem wykonawcy rozwiązania projektowe, w oparciu o które Odwołujący wycenił Ofertę nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, bo zdaniem Zamawiającego „na etapie ofertowym mają charakter przewidywanych, a nie docelowych”. Takie stanowisko jest zwyczajnie niezgodne z prawdą, ale i zwyczajnie nielogiczne.

Skoro bowiem określone dane/założenia projektowe mają wpływ na wycenę oferty i ich uwzględnienie wynikać musi z PFU, czyli stworzonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i w dalszej kolejności mogą stanowić obiekt wątpliwości Zamawiającego oraz stanowią przedmiot wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty - odmawianie im waloru tajemnicy przedsiębiorstwa również w kontekście dokonywanego utajnienia - należy odczytywać jako wyraz kompletnej niespójności w rozumowaniu Zamawiającego. Nie wspominając o tym, że informacje mogą być wykorzystane przez konkurencję w przyszłych analogicznych postępowaniach.

W przypadku przyjętej formuły zaprojektuj - wybuduj, wszystkie informacje użyte przez wykonawcę dla potrzeb pozyskania zamówienia, takie jak: zakres ew. optymalizacji, kalkulacji ceny, źródeł zaopatrzenia w kluczowe materiały budowlane, a także dane z założeń projektowych, obejmujące profil podłużny, plan sytuacyjny i parametry obiektów inżynierskich - stanowią przejaw zastosowania określonych rozwiązań technicznych i technologicznych, chronionych prawami autorskimi, które jako unikatowe rozwiązania (know - how wykonawcy), bezspornie dają określoną przewagę

konkurencyjną wykonawcy oraz mają ściśle określoną wartość gospodarczą, która może i powinna być przez wykonawcę chroniona, nawet jeśli na etapie składania ofert stanowią one dopiero rozwiązanie przewidywane (konceptyjne), a niekoniecznie docelowe.

W świetle faktu uwzględnienia tych danych przy szacowaniu ceny ofert za całkowicie chybiony i bez znaczenia należy uznać wyrażony na str. 8 pisma o odtajnieniu pogląd Zamawiającego, że „przyjęte rozwiązania koncepcyjno-projektowe ulegać mogą całkowitym lub znacznym zmianom, zatem przyjęte parametry i obliczenia utracą wówczas swą aktualność i użyteczność i będą bezwartościowe”.

Owe przyjęte przez Odwołującego na etapie składania ofert rozwiązania, parametry i obliczenia bowiem znalazły swoje odzwierciedlenie w zaoferowanej cenie i jako takie podlegają ochronie przewidzianej w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się szczegółowo do objętych utajnieniem załączników wskazujemy, że odtajnienie profilu podłużnego drogi S17 spowoduje, że pozostali wykonawcy zdobędą wiedzę o przyjętych do oferty indywidualnych rozwiązaniach autorstwa Mostostal Warszawa, m.in. o:

- sposobie prowadzenia niwelety drogi w zależności od ukształtowania terenu oraz występujących warunków gruntowo-wodnych, co ma zasadniczy wpływ na uzyskany bilans robót ziemnych oraz przyjęty sposób wzmocnienia słabego podłoża,
- sposobie prowadzenia niwelety drogi w miejscach pokonania przeszkód wymienionych w tabeli nr 1.1. PFU, co wpływa na przyjęte parametry obiektów inżynierskich,
- sposobie prowadzenia niwelety rowów drogowych, co ma wpływ na przyjęty sposób odwodnienia drogi, w tym dobraną ilość zbiorników retencyjnych.

Należy wskazać, iż PFU narzucało dostosowanie rozwiązań projektowych ujętych w koncepcji Programowej do nowych wymagań technicznych. W tym celu Wykonawca opracował przedstawione w załącznikach 1 i 2 do pisma z dn. 09.10.2023 r. (oraz rys. 1 i rys. 2 za pismem z dn. 24.10.2023 r.) unikatowe rozwiązania projektowe, które nie mogą zostać ujawnione.

Przedstawione rozwiązania dotyczące przebiegu niwelety, planu sytuacyjnego oraz obiektów inżynierskich stanowią spójną całość i ujawnienie choćby fragmentu rysunku, czy części z danych, które się tam znajdują, umożliwiłoby konkurencji poznanie założeń projektowych Wykonawcy.

Należy wskazać, że wyżej wymienione elementy takie jak: bilans robót ziemnych, sposób wzmocnienia podłoża, parametry obiektów inżynierskich i sposób odwodnienia drogi są głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty.

Nie powinno również ulegać żadnej wątpliwości, że wyżej opisane informacje, choć niewątpliwie mają dla wykonawcy ściśle określoną, wymierną wartość gospodarczą - nie muszą od razu znajdować odzwierciedlenia w przedstawieniu konkretnych wycień i dowodów w tym zakresie.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 09.05.2022 r. o sygn. akt KIO 1006/22, gdzie Izba jednoznacznie stwierdziła:

„(...) trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy, by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenia kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.”

Z tego też względu informacje dotyczące profilu podłużnego trasy głównej zawierającego: rzędne poziomu porównawczego, rzędne terenu, rzędne niwelety drogi, zastosowane pochylenia podłużne i ich kierunek, opis tuków poziomych i pionowych, kilometrąż początku i końca obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej wraz z opisem, niweleta rowów drogowych wraz z pochyleniami, lokalizacje otworów geologicznych, typy wzmocnień podłoża, odległości, hektometry i kilometry i różnice rzędnych, informacje dotyczące parametrów obiektów inżynierskich, plan sytuacyjny, a także m.in. zakres optymalizacji, kalkulacja ceny oraz źródła zaopatrzenia w kluczowe materiały budowlane stanowią rozwiązania unikatowe (know - how wykonawcy), a jednocześnie mają wpływ na samą cenę Oferty, a tym samym wpływają na ściśle określoną „decyzję inwestycyjną” wykonawcy, która byłaby brana pod uwagę przez każdego racjonalnego inwestora (konkurencyjnego), bezspornie mogłyby zostać wykorzystane przez innego wykonawcę, a w bieżącym postępowaniu pozwoliło Odwołującemu na zbudowanie istotnej, wymiernej przewagi cenowej względem pozostałych wykonawców. Z tego też względu zostały one objęte klauzulą poufności w składanych wyjaśnieniach.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że Odwołujący utajniając informacje i przedstawiając uzasadnienie tajemnicy

przedsiębiorstwa w odniesieniu do wybranych pytań Zamawiającego oraz opatrując je konkretnymi załącznikami zawierającymi wyżej opisane informacje, traktuje je jako pewną całość, z tego też względu - tam, gdzie było to konieczne - w całości zostały zanonimizowane. W pozostałym zakresie Wykonawca utajniał jedynie niezbędne fragmenty odpowiedzi (tj. zawierające ceny, ilości, wartości, etc.) dochowując staranności w zachowaniu przejrzystości przekazu dla odbiorcy. Są one istotne dla wykonawcy z punktu widzenia określonych rozwiązań i proponowanych cen w ofercie oraz - jako unikatowe dla wykonawcy - nie są powszechnie dostępne i zgodnie z obowiązującymi u Odwołującego procedurami chroniona jest ich poufność.

W kontekście owej poufności i właśnie wyżej wspomnianych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji mogących mieć wpływ na strategię cenową oferenta, a wynikających wprost z zaproponowanych parametrów obiektów inżynierskich sugerujących ściśle określone rozwiązania projektowe, na uwagę zasługuje już sama obowiązująca w spółce Odwołującego „Polityka obiegu informacji poufnych”, w której w ramach „Zasad podstawowych” opisanych w pkt 3 ppkt 5 potwierdzono, że „Każda informacja spełniająca kryteria określone w definicji informacji poufnej, która nie została podana do publicznej informacji wiadomości, a która po ujawnieniu miałaby prawdopodobnie istotny wpływ na cenę lub wartość instrumentów finansowych Spółki jest informacją poufną. W procesie oceny czy dana informacja jest informacją poufną uwzględnia się w szczególności to czy podejmując decyzje inwestycyjną racjonalny inwestor prawdopodobnie wzięłby taką informację pod uwagę, a także spodziewany wpływ tej informacji w świetle całokształtu powiązanej działalności spółki oraz wszelkie inne zmienne rynkowe, które w danych okolicznościach mogą wpłynąć na cenę instrumentów finansowych Spółki”.

Zamawiający powinien więc przyjąć, że już poprzez samo złożone w wyjaśnieniu oświadczenie co do informacji i ich charakteru (tvm bardziej gdv wzmocnione jeszcze zostało informacjami wynikającymi z dołączonych doń załączników technicznych), wykonawca bezspornie wypełnił dyspozycję przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i skutecznie je utajnił (patrz: komentarz do ustawy Pzp, M. Stachowiak (w) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, str. 18).

Analogiczne stanowisko wyrażone zostało też m. in. w **wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.01.2022 r. o sygn. akt KIO 3730/21**, gdzie Izba orzekła jednoznacznie: „W ocenie składu orzekającego, na gruncie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, istotne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Nie można przy tym utożsamiać „wykazania” z udowodnieniem, zwłaszcza w sytuacji gdy Pzp zawiera regulacje o charakterze materialnoprawnym, które literalnie formułują obowiązek udowodnienia określonych okoliczności. W art. 110 ust. 2 przewidziano udowodnienie zamawiającemu braku podstaw wykluczenia w warunkach tzw. Samooczyszczenia (...) Podobne regulacje zawiera art. 224 ust. 2 Pzo wskazujący na konieczność ządania złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Analogicznych postanowień nie ma art. 18 ust. 3 ustawy Pzo, który wymaga wykazania tajemnicy (...). W kontekście zakresu inicjatywy dowodowej należy zwrócić uwagę, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega utajnieniu. Tak więc musi być sporządzone w sposób z jednej strony umożliwiający weryfikację zastrzeżenia, ale zarazem taki, aby nie ujawniało metod chroniących poufne dane. W rezultacie nie można oczekiwać, aby przedsiębiorca dokładnie scharakteryzował narzędzia do zabezpieczenia danych, albowiem stwarzałoby to ryzyko ich sforsowania. To zaś niweczyłoby wszystkie starania w celu ich ukrycia”.

Jak wyżej Odwołujący wskazał w uzasadnieniu - Wykonawca nie poprzestał jednak na samych oświadczeniach co do podejmowanych przez niego działań mających na celu zachowanie informacji w tajemnicy, a przedstawił szereg dokumentów potwierdzających obowiązywanie u Wykonawcy licznych procedur mających na celu ochronę szeregu informacji, w tym informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu.

Dowód:

Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 09.10.2023 r., zawierające uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa -

Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 24.10.2023 r. - stanowią uzupełnienie poprzednich wyjaśnień i zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa

- oba wyjaśnienia ujęte są w dokumentacji postępowania Zamawiającego i nie stanowią załącznika do niniejszego pisma

Powyższe potwierdza zatem, że dokonanie odtajnienia w całości treści udzielonych wyjaśnień i dokumentów, a ujętych w zawartych objętych niniejszym odwołaniem, w sposób ewidentny potwierdza naruszenie wyżej powołanych przepisów ustawy Pzp i uznk.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

1. Obowiązek wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk

Wykonawca w treści odwołania podnosi, iż „w dołączonym do wyjaśnień z 09.10.2023r. uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca w sposób jednoznaczny zidentyfikował zakres i istotne cechy tych informacji mieszczących się w granicach definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a tym samym wykazał charakter konkretnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa”

Powyższe twierdzenia stoją w sprzeczności z rzeczywistą treścią ww. uzasadnienia, przedstawionego przez Odwołującego, w którym w ocenie Zamawiającego, Odwołujący poprzestał wyłącznie na ogólnikowych, lakonicznych stwierdzeniach i zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą tajemnicy, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

podkreśla, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego to na Wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie podkreśla się, że „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Użyte przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „udowodnienia”, że informacje te mają właśnie taki charakter.

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. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i - jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również pozostałych zasad postępowania o zamówienie publiczne.

Wykonawca w odwołaniu (strona 8 i 9) stara się polemizować z ugruntowaną linią orzecniczą KIO, odwołując się do własnej interpretacji postanowień ustawy Pzp w tym zakresie, na dowód czego cytuje fragment jednego orzeczenia KIO. Wobec jednoznacznego stanowiska Odwołującego, kwestionującego konieczność udowodnienia spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk, należy uznać, iż Odwołujący niejako przyznaje, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie udowodnił wspomnianych powyżej przesłanek wynikających z uznk, gdyż arbitralnie uznał, że nie ciąży na nim taki obowiązek.

Zamawiający nie zgadza się z subiektywną interpretacją ustawy Pzp dokonaną na potrzeby niniejszego postępowania przez Odwołującego, nie znajdującą potwierdzenia w bogatej linii orzecniczej KIO, której wybrane orzeczenia/uchwały Zamawiający przedstawia poniżej:

Uchwała KIO z dnia 12 lutego 2020 r Sygn. akt KIO/KU 5/20

„Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie z dokonanego zastrzeżenia musi jednoznacznie wynikać wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego nie ma znaczenia, czy treść uzasadnienia zastrzeżenia jest obszerna, ale czy jest przekonująca. Jak też - na ile jej obszerność przekłada się na wartość merytoryczną. Ponadto, wykonawca nie wykazał, że zastrzegane informacje mają jakąkolwiek wartość gospodarczą - dla niego, jak i ogólną - i powinny przez to pozostać niejawne. W niniejszej sprawie treść zastrzeżenia przez wykonawcę, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie uzasadniała konieczności zachowania w poufności informacji tamże zawartych”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2021 r. KIO 20/21

„Norma art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę

informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw "wykazać", czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk."

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2022 r. KIO 29/22

„Dalej, należy także wskazać, że aby można było uznać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Dla owego "wykazania" nie wystarczą jednak same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek, warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. "Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie."

Wyrok z dnia 22 kwietnia 2021 r. KIO 715/21

„Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, iż użyte w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez ustawodawcę sformułowanie "wykazania", nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia".

Należy wskazać, iż Zamawiający dokonał oceny czy informacje wskazane przez Wykonawcę jako podlegające ochronie z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa zasługują na taką ochronę tylko i wyłącznie na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dokonanego przez Odwołującego w momencie przekazywania informacji objętych zastrzeżeniem. Zamawiający przeprowadzając wspomnianą powyżej ocenę nie badał czy informacje zastrzeżone przez Odwołującego mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa natomiast dokonał jedynie oceny jakości uzasadnienia Odwołującego w powiązaniu z informacjami, których owo uzasadnienie dotyczy.

Słuszność działania Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r. sygn. KIO 3497/21 w którym Izba stwierdziła: „Zaznaczyć należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. (...) Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (tak też: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2551/21 oraz KIO 2573/21)."

W przedmiotowym przypadku ocena uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonana Zamawiającego była negatywna w wyniku czego pismem z dnia 31.10.2023r. Zamawiający odtajnił całość informacji w nim wskazanych. Należy jeszcze raz podkreślić, iż Zamawiający dokonuje oceny tylko na podstawie uzasadnienia, natomiast argumenty podnoszone przez Odwołującego w treści odwołania (oraz zapewne na rozprawie) z oczywistych przyczyn nie mogły być poddane analizie Zamawiającego.

W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przekazanej Zamawiającemu zawartej w piśmie z dnia 09.11.2023r. znak: O1/S17_zad.3/ACH/016/2023 zabrakło nawet próby przypisania ogólnikowych wyjaśnień Odwołującego do konkretnych informacji. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich orzeczeniach wskazywała, iż nie jest rolą Zamawiającego wyszukiwanie z treści uzasadnienia jego fragmentów i przypisywanie go do poszczególnych zastrzeżonych informacji, przykładowo w wyroku z dnia z dnia 22 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 715/21) KIO podniosła, że: „wykonawca (...) nie wskazał, które z objętych poufnością wyjaśnień i dowodów zawierają informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, przerzucając tym samym na Zamawiającego obowiązek »wyszukiwania« poszczególnych informacji/danych w treści złożonych wyjaśnień cenowych oraz dowodów. (...) Nie jest natomiast rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację ..."), które w jego ocenie zasługują na szczególną ochronę co niewątpliwie przesądza o braku wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie także w wyroku KIO z dnia 29 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 720/21), gdzie Izba zauważyła, że stwierdzenia takie jak:

„W/w dane stanowią informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa, które posiadają dla nas wartość gospodarczą, które w szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji i nie są łatwo dostępne dla takich osób», »W/w dokumenty zawierają informacje technologiczne, handlowe, organizacyjne obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła kupna i zbytu. Posiadają wartość ekonomiczną i gospodarczą«, są twierdzeniami notorycznie powtarzanymi przez wykonawców w postępowaniach

przetargowych. Jednakże twierdzenia te są puste, żeś/i wykonawca zaniecha odniesienia ich do konkretnych informacji zawartych w treści wyjaśnień i nie wykaże w czym upatruje wartości gospodarcze; konkretne; informacji."

Co istotne jak wskazano powyżej to nie charakter informacji a jakość uzasadnienia Wykonawcy przesądza o skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1237/21) „obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Co także istotne w niniejszej sprawie, albowiem zamawiający twierdził, że zasadność zastrzeżenia informacji oceniał biorąc pod uwagę charakter przedmiotu umowy oraz wpływ opisanych czynników na ostateczną cenę oferty wykonawcy - stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego wyłącznie na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji."

Nie powielając twierdzeń zawartych w piśmie o odstąpieniu z dnia 31.10.2023r. Zamawiający wskazuje, iż uzasadnienie Odwołującego składa się z przytoczenia orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, oraz ogólnych twierdzeń Odwołującego o wartości gospodarczej i zachowaniu poufności bez szczegółowego odniesienia do zastrzeganych informacji. Wskazane uzasadnienie może być zastosowane w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego podobnego przedmiotu zamówienia, gdyż - jak wskazane zostało powyżej - brak jest w nim jakiegokolwiek powiązania stawianych ogólnie też z danym konkretnym postępowaniem w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Odwołujący poprzestaje jedynie na ogólnikowych stwierdzeniach, iż zastrzeżone informacje „(...)stanowią knowhow Wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia, a także tajemnicę handlową, będącą efektem przyjętej strategii cenowej w oparciu o zebrane przez Wykonawcę doświadczenia handlowe i wynegocjowane z potencjalnymi dostawcami czy podwykonawcami warunki kontraktowe.(...)” (strona 60) oraz „(...) Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert.(...)” (strona 61) a także „Wykonawca oświadcza, iż informacje podane w wyjaśnieniach objętych tajemnicą przedsiębiorstwa oraz załącznikach do nich, nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości. Wykonawca dla utajnienia powyższych informacji podjął daleko idące środki zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu osobom nieuprawnionym. (...)” (strona 62/63)

Ponadto należy zauważyć, iż praktycznie cała treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się w zasadzie do przytoczenia definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz szeregu wyroków a wyłącznie nieliczne akapity, których fragmenty Zamawiający przytacza powyżej są w zasadzie jedynym autorskim elementami uzasadnienia, niemniej także ich analiza prowadzi do wniosku, iż sformułowane są w sposób ogólny oraz blankietowy, a ich treść można wykorzystać praktycznie każdym tego typu postępowaniu.

II. 2. Brak wykazania wartości gospodarczej informacji

Z analizy orzecznictwa sądowego, dotyczącego art. 11 ust. 2 ZNKU, można sformułować tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (powinna być to informacja o określonej treści wskazanej w ww. przepisie, mająca wartość gospodarczą, która nie jest powszechnie znana) oraz formalny - podjęte przez Wykonawcę działania mające na celu utajnienia tych informacji.

W zakresie pierwszego z powyższych elementów tj. wartości gospodarczej utajnionych informacji, należy jednoznacznie stwierdzić, iż Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, tym bardziej nie dokonał tego szczegółowo w zakresie każdej z zastrzeganych informacji pomimo tego, że treść udzielanych odpowiedzi dotyczyła kwestii o różnym przedmiocie.

W zakresie zagadnienia dotyczącego „wartości gospodarczej”, Zamawiający w pełni popiera stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 kwietnia 2021 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 500/21. który podlegał kontroli instancyjnej (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1.10.2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21) w którym stwierdzono m. in.:

„W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyśński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej, Warszawa 2006 str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych

aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada".

W ocenie Zamawiającego, treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do ogólnych zapewnień Odwołującego o istotnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji stanowiących jego know-how, bez jakiegokolwiek próby wykazania wartości gospodarczej utajnionych dokumentów. Z orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, że aby uznać uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne Wykonawca powinien wykazać obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji a wartość ta powinna sięgać poza ramy danego postępowania czy określonego elementu wyjaśnień treści oferty Wykonawcy, czego Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie uczynił.

Odwołujący nawet hipotetycznie nie wyjaśnił w jaki sposób ujawnienie treści wyjaśnień oferty, umożliwi jego konkurentom zdobycie przewagi konkurencyjnej na rynku (fragment 2 akapitu uzasadnienia tajemnicy strona 61), ograniczając się wyłącznie do ogólnych twierdzeń (zaznaczyć należy, że w tym fragmencie Odwołujący raz pisze od „zastrzeżonym dokumencie” w liczbie pojedynczej raz o „informacjach” co jednoznacznie świadczy o blankietowości uzasadnienia).

Odwołujący zdaje się wywodzić innowacyjność przyjętych rozwiązań wyłącznie z faktu, iż przekazane dane dotyczą zamówienia w formule zaprojektuj - buduj, stwierdzając:

„Informacje te, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, w szczególności formułę zaprojektuj i buduj, w której jest planowana realizacja zamówienia, niosą ze sobą istotny walor intelektualny, który z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy na rynku i konkurencyjności ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowią ważny element działalności wykonawcy o wymiernej wartości.” (strona 61 uzasadnienia tajemnicy). W orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się, że okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie, który nie jest publicznie dostępny nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjęć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednakże wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotem działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy. Ponadto Odwołujący nie wykazał a nawet nie wyjaśnił na czym polega istotny walor intelektualny zastrzeżonych informacji (jako przykład wskazując chociażby zastrzeżenie jako tajemnica odpowiedzi na pytanie nr 32 o zasoby sprzętowe), jak ujawnienie przedmiotowych informacji wpłynęłoby na konkurencyjność oraz co oznacza „wymierna” wartość zastrzeganych informacji, którym to pojęciem posługuje się Wykonawca.

Reasumując Zamawiający doszedł do wniosku, że Wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w piśmie z dnia 9 października 2023 r. jest w znacznej mierze ogólnikowe, obejmujące gołostowne deklaracje wykonawcy, nie poparte jakimikolwiek wiarygodnymi argumentami a tym bardziej dowodami.

II. 3. Brak wykazania działań w celu zachowania poufności

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Zamawiający wskazuje, że twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są ogólnikowe i nie pozwalają na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 znku. Odwołujący w uzasadnieniu oświadcza, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej oraz wskazuje na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania systemowe mające na celu zapobieżenie ujawnienia informacji osobom nieuprawnionym. W ocenie Zamawiającego, działania wskazane przez Wykonawcę są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą, gdyż każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę różnych kategorii danych.

Odwołujący nie wykazał ponadto w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Przykładowo można wskazać, iż Odwołujący nie zidentyfikował osób mających dostęp do takich dokumentów, jak również nie wykazał w jaki konkretnie sposób osoby te zostały poinstruowane o charakterze informacji zawartych w dokumentach i konsekwencjach związanych z ich ujawnieniem. Nadto, Odwołujący nie podjął nawet próby wyjaśnienia jak chroni, informacje w przypadku realizowania zadań dla publicznych zamawiających.

Odwołujący postuluje się wyłącznie ogólnikami a z przedstawionego uzasadnienia nie wynikają żadne konkrety dotyczące zabezpieczenia utajnionych danych. Poza blankietowością znajdujących się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa twierdzeń oraz brakiem powiązania wskazanych w uzasadnieniu Wykonawcy technik zabezpieczenia z poszczególnymi informacjami podlegającymi zastrzeżeniu, Odwołujący nie wykazał podjęcia odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności oraz że takie działania faktycznie podjął w stosunku do konkretnych informacji.

Jak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 14 października 2020r. KIO 1747/20

„Ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zauważenia przy tym wymaga, że dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do określonych informacji nie wystarczy wskazanie na ich charakter, lecz konieczne jest także wykazanie, że wykonawca podjął działania, które zapewniają ochronę tych informacji przed ujawnieniem. Dopóki bowiem wykonawca, nie podejmie odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności, a następnie nie wykaże, że działania takie zostały przez niego podjęte, nie jest spełniony konieczny warunek dla przyjęcia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy uznk. Nawet w sytuacji, gdy dane informacje, co do zasady mogą podlegać utajnieniu, wykonawca decydujący się na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie jedną z podstawowych zasad jest zasada jawności, nie jest zwolniony od wykazania, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, tj. wykazania spełnienia wszystkich warunków przewidzianych dla takich informacji, w tym co decyduje, że np. posiadają wartość gospodarczą i jakie działania zostały przez niego podjęte w celu ochrony zastrzeganych informacji przed dostępem osób trzecich, przy czym wykonawca powinien wraz z zastrzeżeniem tajemnicy, przedstawić, dostępne dla siebie dowody potwierdzające okoliczności, na jakie się powołuje (...).”

Jak wskazano powyżej brak wykazania przez Wykonawcę podjęcia odpowiednich działań służących zapewnieniu zachowania informacji w poufności co niewątpliwie miało miejsce przypadku niniejszego postępowania, skutkuje brakiem wypełniania jednego z koniecznych wymogów wynikających z ustawy uznk jak i Pzp a to z kolei nakłada na Zamawiającego obowiązek odtajnienia zastrzeżonych informacji.

Z tych też względów Zamawiający uznał, że informacje zawarte w części tajnej pism Wykonawcy nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca nie wykazał ich wartości gospodarczej oraz faktu zachowania ich w poufności.

II. 4. Dodatkowe zastrzeżenia Zamawiającego co do sposobu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa

Zamawiający zauważa, że Wykonawca w piśmie znak: OI/S17_zad.3/SB/017/2023 z dnia 24 października 2023r. w zakresie treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wyłącznie odsyła do pisma Wykonawcy z dnia 9 października 2023 r. znak: OI/S17_zad.3/ACH/016/2023 co świadczy o tym, że uzasadnienie jest szablonem stosowanym we wszystkich sprawach tego typu bez względu na faktyczny zakres przedmiotu utajnienia, oraz na co wskazywano powyżej, iż Wykonawca nie odniósł się w sposób zindywidualizowany do zastrzeżonych informacji ale poprzestał na ogólnym i zbiorczym ich uzasadnieniu co niewątpliwie nie wypełnia obowiązków Wykonawcy wynikających z art. 18 ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 uznk.

II. 5. Odniesienie się do dokumentów i informacji stanowiących w ocenie Wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na wstępie Zamawiający pragnie odnieść się do fragmentu treści odwołania w którym Wykonawca stwierdza (strona 6 Odwołania):

Odwołujący nie zgadza się zatem z poglądem jakoby objęte utajnieniem wykonawcy rozwiązania projektowe, w oparciu o które Odwołujący wycenił Ofertę nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. bo zdaniem Zamawiającego „na etapie ofertowym mają charakter przewidywanych, a nie docelowych”. Takie stanowisko jest zwyczajnie niezgodne z prawdą, ale i zwyczajnie nielogiczne.

Powyższe wbrew twierdzeniu Odwołującego nie stanowi cytatu ze stanowiska Zamawiającego a przytoczony przez Zamawiającego w piśmie odtajnającym dokumenty Wykonawcy z dnia 21 października 2023r. cytat stanowiska Wykonawcy zaprezentowany przez Odwołującego w piśmie z dnia 09.10.2023r. znak: OI/S17_zad.3/ACH/016/2023 - plik o nazwie wyjasnienie_tresci_oferty_mostostal_09.10.23_jawne, na stronie 1 ww. pisma, nadmienić należy, iż podobne stwierdzenia Odwołujący prezentuje także stronie 57

ww. pisma oraz w szeregu odpowiedzi na pytania.

Mając na uwadze, fakt, iż do niniejszego postępowania przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca i nie jest wiadome na dzień sporządzania odpowiedzi na odwołanie czy w przedmiotowym postępowaniu będą miały zastosowanie postanowienia art. 526 Pzp oraz 545 Pzp, Zamawiający informuje, że szczegółowa argumentacja do poszczególnych informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa zostanie zaprezentowana na rozprawie.

Niemniej odnosząc się do treści zarzutów podniesionych przez Wykonawcę w sposób ogólny w odwołaniu, należy

zauważyć, że treść odpowiedzi na pytania, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa ogniskuje się w zasadzie w zakresie 2 grup informacji, jednej dotyczącej kalkulacji ceny oraz drugiej dotyczącej przyjętych rozwiązań technicznych.

W zakresie pierwszej z grup informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania jako informację dotyczącą kalkulacji ceny (strona 4 i 6 Odwołania), należy wskazać, że na wszelkie koszty wskazywane przez Odwołującego w treści odpowiedzi na pytania, które w efekcie wpływają na cenę oferty ma wpływ szereg czynników związanych z prowadzoną przez Wykonawcę działalnością gospodarczą, których Odwołujący nie przedstawia. Z tego względu nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że ujawnienie tych informacji spowoduje utratę przewagi konkurencyjnej wykonawcy a analiza dokonana przez podmioty konkurujące z Odwołującym zastrzeżonych przez niego danych, pozwoliłaby im na uzyskanie informacji o wypracowanych przez Odwołującego metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia (co wynika z treści wyroków prezentowanych przez Odwołującego).

W ocenie Zamawiającego wskazane przez Odwołującego wyliczenia znajdujące się zaledwie kilku odpowiedziach na pytania i nie przekazują sprecyzowanych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny oferty. Zamawiający podnosi, iż oczywistym jest, że bez dodatkowej wiedzy o szeregu innych czynników, inni wykonawcy nie mają możliwości odtworzenia konkretnych, stałych uwarunkowań polityki cenowej wykonawcy. W związku z powyższym nie sposób tym samym wywieść z informacji przedstawionych przez Odwołującego w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, informacji na temat stałych kosztów w poszczególnych obszarach, gdyż informacje dotyczące kwot dotyczą wyłącznie wybranych pozycji i odnoszą się (jak sam Odwołujący wskazuje w części jawnej odpowiedzi) do dokumentów wynikających z SWZ. Na wieloaspektowość budowania ceny przez Wykonawców zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 24 lutego 2017r. Sygn. akt KIO 242/17) stwierdzając:

„(...) gdyby poszczególne ceny jednostkowe czy częściowe, którymi wykonawcy posługują się w danym postępowaniu miały tak uniwersalny wymiar dla ich sytuacji na rynku, to w każdym postępowaniu kolejność wykonawców w rankingu ofert byłaby taka sama - a tak nie jest. Dowodzi to więc raczej faktu, że poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są - tylko na tej podstawie - w stanie wygrać kolejnego przetargu”.

Wobec powyższego wbrew twierdzeniom Odwołującego treść jego odpowiedzi na pytania w tym w szczególności wyliczenia tam zawarte nie pozwalają powziąć wiedzy na temat sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej.

Zamawiający podkreśla, że prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Na kanwie powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił.

Odtajnienie w szczególności takich informacji niewątpliwie wpisuje się w ratio legis ustawodawcy wyrażone w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) dotycząca oczywiście konkretnej zmiany ustawy Pzp, jednakże używana aktualnie przez KIO do uzasadnienia celu ustawodawcy w przyznaniu szczególnej ważności zasadzie jawności postępowania oraz zwróceniu uwagi na rzeczywisty cel utajniania informacji przez Wykonawców. W uzasadnieniu czytamy m.in.:

"Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis żest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych."

Odnosząc się do kolejnej grupy danych wskazanych przez Wykonawcę w treści Odwołania a dotyczących zakresu ew. optymalizacji oraz założeń projektowych, które w ocenie Wykonawcy prezentują unikatowe rozwiązania (know-how wykonawcy) oraz dają mu przewagę konkurencyjną, Zamawiający wyjaśnia, iż celem „pytań technicznych” jest weryfikacja czy dany Wykonawca w ramach ceny oferty uwzględnił wszystkie niezbędne okoliczności oraz ryzyka uprawniające do stwierdzenia, że jego oferta pozostaje zgodna z SWZ a sam Wykonawca daje rękojmię należytego

2) innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP, 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.), 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 .

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że istota sporu dotyczyła naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „*uznk*”) poprzez podjęcie decyzji wyrażonej w piśmie z dnia 31.10.2023 r., znak 0/LU.D-3.2410.10.2022.56.AW, o odtajnieniu w całości wszystkich informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przekazanych wraz z wyjaśnieniami treści oferty z dnia 09.10.2023 r. (znak pisma: OI/S17_zad.3/Ach/016/2023) oraz z dnia 24.10.2023 r. (znak pisma: OI/S17_zad.3/SB/017/2023), pomimo że znajdują się w nich informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a Odwołujący zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu ustawy Pzp, wraz z ich przekazaniem Zamawiającemu, jednoznacznie zastrzegł, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 pkt 2 *uznk*, nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba zważyła, że w dniu 27 września 2023 r. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, a następnie w dniu 17 października 2023 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 116 ust. 2 ustawy PZP do złożenia dodatkowych wyjaśnień. I tak Odwołujący w ramach pierwszych wyjaśnień z dnia 9 października 2023 r. wskazał dwa pliki pdf, tj. jedno jako wyjaśnienia jawne wraz z załącznikami jawnymi nr 6-7 oraz drugie jako wyjaśnienia tajne wraz z załącznikami tajnymi nr 1-5, z kolei w ramach

dotychczasowych wyjaśnień z dnia 24 października 2023 r. wskazał również dwa pliki pdf, tj. jedno jako wyjaśnienia jawne oraz drugie jako wyjaśnienia tajne wraz z załącznikami tajnymi (rys. 1 - plan sytuacyjny oraz rys 2 -profil podłużny).

Biorąc powyższe pod uwagę w pierwszej kolejności Izba zważyła, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP). Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień wraz z załącznikami z dnia 9 i 24 października 2023 r., w tym uzasadnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

- a.informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b.informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,
- c.informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,
- d.uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe „wykazanie” tego faktu. Bezzasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia, jego ogólnikowość albo niezłożenie dowodów potwierdzających podjęcie przez wykonawcę środków zmierzających do zachowania informacji w poufności musi skutkować odtajnieniem zastrzeganych informacji.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18: *„Dla owego „wykazania” nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie”, a Izba w pełni się zgadza z poglądem tamtejszego składu orzekającego.*

W podobnym duchu wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21: *„Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c.”*

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że nie wystarcza samo stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie i czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Odwołującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy, przy czym w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2023 r. Odwołujący wyłącznie odniósł się do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa znajdującego się w piśmie z dnia 9 października 2023 r. Izba zważa, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej, uwzględnianie tego rodzaju uzasadnień jako skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa skutkowałoby tym, że dostęp wykonawców do wyjaśnień przedstawianych przez innych wykonawców zostałby ograniczony do minimum.

Istotną część uzasadnienia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienia zawierają w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została w żaden sposób wykazana (Odwołujący nie odniósł się szczegółowo w zakresie każdej z zastrzeganych informacji), o czym świadczą słowa: „Odnosząc się szczegółowo do zastrzeganych informacji zawartych w wyjaśnieniach treści złożonej oferty, Wykonawca wskazuje, że zarówno informacje techniczne i technologiczne oraz informacje dotyczące ustalenia ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu stanowią know-how Wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia, a także tajemnicę handlową, będącą efektem przyjętej strategii cenowej w oparciu o zebrane przez Wykonawcę doświadczenia handlowe i wynegocjowane z potencjalnymi dostawcami czy podwykonawcami warunki kontraktowe. Informacje te przedstawiają dla Wykonawcy miarodajną, wysoką wartość gospodarczą, zapewniającą przewagę wobec konkurencji”, czy też „Informacje zastrzeżone niniejszym przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają wiedzę, która w przypadku ujawnienia pozwoliłaby innym uczestnikom postępowania zapoznać się z istotnymi aspektami działalności gospodarczej Wykonawcy. Zastrzeżony dokument obejmuje bowiem doniosłe z gospodarczego punktu widzenia dane dotyczące kluczowych rozwiązań technicznych i technologicznych realizacji przedmiotu zamówienia oraz czynników cenotwórczych oferty. Informacje te pozwalają Wykonawcy na uzyskanie przewagi konkurencyjnej na rynku, a tym samym mają bezpośredni wpływ na zdolność do składania najkorzystniejszych ofert”.

W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sprowadza się do ogólnych zapewnień Odwołującego o istotnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji stanowiących jego know-how, bez jakiegokolwiek próby wykazania wartości gospodarczej utajnionych dokumentów, o czym świadczą słowa Odwołującego w odwołaniu: „informacje dotyczące profilu podłużnego trasy głównej zawierającego: rzędne poziomu porównawczego, rzędne terenu, rzędne niwelety drogi, zastosowane pochylenia podłużne i ich kierunek, opis tuków poziomych i pionowych, kilometrąż początku i końca obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej wraz z opisem, niweleta rowów drogowych wraz z pochyleniami, lokalizacje otworów geologicznych, typy wzmocnień podłoża, odległości, hektometry i kilometry i różnice rzędnych, informacje dotyczące parametrów obiektów inżynierskich, plan sytuacyjny, a także m.in. zakres optymalizacji, kalkulacja ceny oraz źródła zaopatrzenia w kluczowe materiały budowlane stanowią rozwiązania unikatowe (know - how wykonawcy), a jednocześnie mają wpływ na samą cenę Oferty, a tym samym wpływają na ściśle określoną „decyzję inwestycyjną” wykonawcy, która byłaby brana pod uwagę przez każdego racjonalnego inwestora (konkurencyjnego), bezspornie mogłyby zostać wykorzystane przez innego wykonawcę, a w bieżącym postępowaniu pozwoliło Odwołującemu na zbudowanie istotnej, wymiernej przewagi cenowej względem pozostałych wykonawców”, nie wykazując przy tym, w jaki sposób ww. informacje miałyby być wykorzystane przez innych wykonawców oraz nie wykazując „wymiernej przewagi cenowej” względem pozostałych wykonawców.

Izba zważa, że Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dodatkowo stwierdza, iż: „Informacje te, biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia, w szczególności formułę zaprojektuj i buduj, w której jest planowana realizacja zamówienia, niosą ze sobą istotny walor intelektualny, który z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy na rynku i konkurencyjności ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowią ważny element działalności wykonawcy o wymiernej wartości”, przy czym Odwołujący zapomina, iż aby uznać uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne Wykonawca powinien wykazać obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, a których ujawnienie informacji, również w formule „zaprojektuj i buduj”, innym podmiotom działającym na rynku może przynieść Odwołującemu potencjalną szkodę, czego w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż treść odpowiedzi na pytania, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dotyczą dwóch grup informacji, tj. aspektów technicznych oraz kosztów (okoliczność bezsporna), jednakże co istotne Odwołujący ani nie przedstawił sprecyzowanych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny oferty ani kosztów, które w efekcie wpływają na tę cenę, jak również nie wykazał w jaki sposób przyjęte przez Odwołującego

rozwiązania dają mu przewagę nad innymi wykonawcami oraz, że stosowane przez Odwołującego założenia projektowe, w tym stosowane metody optymalizacji kosztów nie są powszechnie znane specjalistom danej branży.

Izba zważa, że na pytanie członka Izby na rozprawie, gdzie zostały wykazane zyski w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał, iż „informacje o zyskach wybrzmiały w odpowiedziach na pytania Zamawiającego”. Izba, po analizie udzielonych wyjaśnień, nie zgadza się z powyższą argumentacją Odwołującego. Nadto Izba zważa, że z dowodów wniesionych przez Odwołującego na rozprawie w postaci załącznika nr 1 i 2 dotyczących niwelety, wskazujące na wyliczenia i osiągnięcie zysku, co ma także zdaniem Odwołującego stanowić unikalne rozwiązanie, w ocenie Izby nie zostały na etapie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w żaden sposób wykazane, ani nawet uprawdopodobnione, o czym świadczą słowa Zamawiającego na rozprawie: „Odwołujący nie wykazał odnośnie niwelety bilansu robót ziemnych”. Izba wzięła pod uwagę także to, iż skrócenie obiektu jest techniką wykonywaną również przez innych wykonawców, w równoległych postępowaniach, na co wskazywał Zamawiający na rozprawie, a tym samym w ocenie Izby nie może stanowić to o jakimś unikalnym rozwiązaniu.

W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w zakresie jego know-how stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań.

Nadto, zdaniem Izby, Odwołującynie wykazał, aby podjął działania mające na celu zachowanie informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności, nie przedstawiając żadnych dowodów uzasadniających podjęcie takich działań zarówno w stosunku do kontrahentów czy pracowników Odwołującego, np. wzoru oświadczenia, czy też wzoru umowy o zachowaniu informacji w poufności, stwierdzając jedynie ogólnikowo: „Dodatkowo podkreślić należy, iż zarówno oferty jak i kontrakty zawarte z większością podmiotów współpracujących zawierają w sobie, obwarowane sankcjami cywilnymi, klauzule o zastrzeżeniu poufności, nakazujące zastrzegać zarówno sam fakt zawarcia porozumienia o współpracy, jak również wszelkie materiały, dokumenty oraz informacje otrzymane lub uzyskane do Wykonawcy, w szczególności techniczne, technologiczne bądź handlowe przekazywane w jakiegokolwiek formie, włączając w to patenty, tajemnice handlowe, know-how, dane marketingowe, dokumenty finansowe, programy komputerowe, informacje proceduralne, projekty, a także jakiegokolwiek informacje, materiały i dokumenty wytworzone przez Wykonawcę w związku z realizacją współpracy. Ponadto strony takiego porozumienia zobowiązują się do podjęcia wobec swoich pracowników i współpracowników wszelkich stosownych działań w celu zachowania przez nich poufności”.

Poza tym działania wskazane przez Odwołującego są działaniami powszechnie podejmowanymi przez wykonawców, ponieważ w ocenie Izby każdy z wykonawców stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, poprzez opracowanie takich dokumentów, jak przedstawione przez Odwołującego: Polityka Obiegu Informacji Poufnych, Polityka Poufności Informacji, Polityka Ochrony Danych Osobowych, przy czym Odwołujący nie wykazał, w jaki szczególny sposób chroni informacje poufne przed dostępem postronnych osób, czy też na sposoby zabezpieczenia utajnionych danych, co zostało potwierdzone również przez samego Zamawiającego na rozprawie: „Odwołujący nie wykazał, że procedury zostały przeprowadzone w przedmiotowym postępowaniu”. Nadto Izba zważa, że dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci Regulaminu Zasobów IT, nie zmienia oceny Izby co do braku zachowania informacji w poufności, tym bardziej, że dowód ten nie stanowił załącznika do wyjaśnień uzasadniający zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: *„nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.(...) Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy”.*

Podobnie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 53/21 wskazano, że: *„Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnienie, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji”.*

Z kolei w odniesieniu do dowodów wniesionych przez Zamawiającego na rozprawie, zdaniem Izby nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ nie stanowiły one okoliczności spornej, o czym świadczą słowa Odwołującego na rozprawie: „Odwołujący zgadza się z dowodami Zamawiającego”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba zważa, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzecniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy PZP zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a czego nie wykazał Odwołujący w niniejszej sprawie. Tym samym, Izba zgadza się z Zamawiającym, iż: „...treść jego odpowiedzi na pytania w tym w szczególności wyliczenia tam zawarte nie pozwalają powziąć wiedzy na temat sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej”.

Konkludując zarzut nr 1 w ocenie Izby jest niezasadny.

Odnosnie zarzutu nr 2 w zakresie innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, Izba zważa, że zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Tym samym, w ocenie Izby przedmiotowy zarzut, ze względu na brak wskazania jakichkolwiek okoliczności faktycznych, w tym dowodów powoduje, że zarzut ten nie odpowiada dyspozycji ww. normie prawnej i tym samym podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....