

Sygn. akt: KIO 1898/23

WYROK
z dnia 25 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę **KenBIT sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **GISS sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r. w przedmiocie odtajnienia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych odwołującego z dnia 16 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wyjaśnień odwołującego wraz z załącznikami,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GISS sp. z o.o. w Warszawie** w części 1/2 oraz wykonawcę **KenBIT sp. z o.o. w Warszawie** w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **KenBIT sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy **GISS sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz wykonawcy **KenBIT sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1898/23

Uzasadnienie

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są naprawy, serwisowania oraz diagnostyka po okresie gwarancji dla terminali VSAT SatPack Fly Away 1.8.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 marca 2023 r., nr 2023/S 048-140413.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 3 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca KenBIT sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako: „uznk”, poprzez odtajnienie treści wyjaśnień dot. podmiotowego środka dowodowego, pomimo iż Odwołujący zastrzegł w terminie, że określone w treści wyjaśnień informacje nie mogą być udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk,
- b) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co zakłóci uczciwą konkurencję na rynku wykonawców ubiegających się m.in. o niniejsze zamówienie,
- c) art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez wadliwą interpretację tego przepisu, przez jego zawężającą i formalistyczną wykładnię,
- d) art. 16 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie właściwego uzasadnienia decyzji o odtajnieniu tj. nieprzedstawienie w uzasadnieniu odtajnienia realnych powodów odtajnienia informacji przekazanych przez Odwołującego, w szczególności zaniechanie oceny uzasadnienia zastrzeżenia

złożonego przez Wykonawcę, zaniechanie odniesienia się do przyczyn uzasadniających utajnienie oraz posłużenie się tezami oderwanymi od stanu faktycznego niemniejszej sprawy, co czyni uzasadnienie blankietowym i utrudnia przedstawienie właściwych zarzutów i podniesienie adekwatnej argumentacji w odwołaniu,

e)art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z odtajnieniem dokumentów bez badania czy przekazanie informacji zastrzeżonych przez niego jest działaniem zapewniającym uczciwą konkurencję oraz proporcjonalnym z uwagi na fakt, że informacje podlegające zastrzeżeniu wykraczają poza treść wezwania i nie uniemożliwiają konkurencyjnemu wykonawcy weryfikacji czynności Zamawiającego (nie wpływają na sferę praw konkurencyjnego wykonawcy).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie w jakim dotyczy to załączników do wyjaśnień datowanych na dzień 16 czerwca 2023 r. i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2)uznania zastrzeżonych wyjaśnień dot. podmiotowych środków dowodowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że Zamawiający dnia 12 czerwca 2023 r. wezwał go do wyjaśnienia treści złożonego przez niego wykazu usług w zakresie jednego, konkretnego zamówienia wskazanego w tym wykazie zrealizowanego na rzecz JW. 2305, polegającego na dostawie i integracji w systemie satelitarnym Zamawiającego 6 kompletów anten satelitarnych 1,3 m, w tym świadczeniu usług serwisowych przez okres 36 miesięcy. Zamawiający prosił o wyjaśnienie dotyczące zakresu wykonywanej umowy, jej etapów i wartości.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na to wezwanie udzielił szczegółowych wyjaśnień. Argumentował, że wyjaśnienia w zakresie objętym wezwaniem są w pełni jawne. Odwołujący podniósł, że dodatkowo, nadmiarowo, aby zaprezentować swe bogate doświadczenie wskazał, że posiada daleko większe doświadczenie niż to wskazane w wykazie usług, przedstawił przykładowe 9 usług wykonanych w okresie referencyjnym, inne niż objęte wezwaniem do wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że nie zastrzegł jako tajemnica wszystkich 9 usług, lecz jedynie te, co do których wystąpiła konieczność objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Według odwołującego nie można zatem uznać, że zastrzeżenie tajemnicy było automatyczne czy bezrefleksyjne. Odwołujący wskazał, że nie zastrzegł również całych dokumentów, a jedynie ograniczył się do wybranych, wrażliwych z uwagi na ich status informacji.

Odwołujący podniósł, że wraz z zastrzeżeniem przedstawił Zamawiającemu uzasadnienie zastrzeżenia, gdzie wykazał zaistnienie w stosunku do tych informacji wszystkich przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk. Dodatkowo argumentował, że przedstawił dowody na poparcie twierdzeń o podjęciu działań zmierzających do ochrony informacji objętej tajemnicą. Odwołujący uważał, że dopełnił wszystkich obowiązków wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, które warunkują utrzymanie zastrzeżonej informacji w tajemnicy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jednak zawiadomieniem z dnia 22 czerwca 2023 r. uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne i poinformował o decyzji o zamiarze odtajnienia informacji zastrzeżonych. Zdaniem odwołującego uzasadnienie tej czynności wskazuje jednak dobitnie, że czynność ta została podjęta bezprawnie, nie uwzględniła bowiem ani treści uzasadnienia zastrzeżenia, ani okoliczności faktycznych istotnych w niniejszym stanie faktycznym i wskazywanych przez niego, ani specyfiki zastrzeganych informacji. Zdaniem odwołującego Zamawiający, podejmując decyzję o odtajnieniu zastrzeżonych informacji, zadziałał automatycznie i bezrefleksyjnie.

Według odwołującego już z treści uzasadnienia odtajnienia wynika, że czynność ta nie została poprzedzona analizą uzasadnienia zastrzeżenia, lecz jest wynikiem pomyłki Zamawiającego lub przyjętej u Zamawiającego, oderwanej od analizy konkretnego stanu faktycznego, praktyki.

Odwołujący argumentował, że całość argumentacji zawartej w uzasadnieniu decyzji o odtajnieniu stanowi kompilację trzech wyroków, które zostały wydane w konkretnych stanach faktycznych, odmiennych od niniejszego i nie mogą stanowić samoistnego uzasadnienia do decyzji Zamawiającego, która to powinna być poprzedzona indywidualną oceną.

Odwołujący podniósł, że najpierw Zamawiający cytuje 1:1 fragment uzasadnienia wyroku SO w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 133/21 (od czwartego zdania zaczynającego się słowem „sformułowanie” do słów „informacji” i wskazania sygnatury na stronie drugiej uzasadnienia odtajnienia). Następnie cytuje fragment uzasadnienia wyroku KIO z dnia 17 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3762/21, a kolejne niemalże 80% uzasadnienia stanowi wprost cytaty uzasadnienia wyroku KIO z dnia 27 marca 2023 r., sygn. KIO 674/23 (od słów „mając na uwadze powyższe” na stronie 2 zawiadomienia o odtajnieniu wyjaśnień do słów „co stanowi naruszenie art. 16 Pzp” na 4 stronie uzasadnienia odtajnienia).

Według odwołującego wydaje się zatem, że jedyną własną analizę konkretnego, złożonego mu przez niego uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający zawarł w pierwszych czterech zdaniach na stronie pierwszej i w ostatnim zdaniu na stronie ostatniej uzasadnienia. Odwołujący argumentował, że może jedynie spekulować co mogło być przyczyną odtajnienia zastrzeżonych przez niego informacji. Nie ma jednak żadnej

wiedzy jakim argumentom zawartym w uzasadnieniu zastrzeżenia Zamawiający dał wiarę, a którym nie i dlaczego. Według odwołującego już sam ten fakt potwierdza, że Zamawiający naruszył zasady przejrzystości i pisemności oraz uczciwej konkurencji, z których to zasad należy wywieść obowiązek uzasadnienia decyzji o odtajnieniu w sposób, który umożliwiłby mu zapoznanie się z powodami decyzji, podjęcia decyzji o ich zaskarżeniu i sformułowaniu właściwego środka zaskarżenia. Tym samym, według odwołującego zarzut naruszenia art. 16 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprzedstawienie w uzasadnieniu odtajnienia realnych powodów odtajnienia informacji należy uznać za zasługujący na uwzględnienie.

Odnosząc się do doboru orzecznictwa wprost zacytowanego w uzasadnieniu odtajnienia odwołujący stwierdzał, że orzeczenia te w żaden sposób nie korespondują z niniejszym stanem faktycznym. Odwołujący wskazał, że pierwsze z cytowanych orzeczeń (XXIII Zs 133/21) odnosiło się do wyjaśnień RNC. Zdaniem odwołującego ani specyfika tamtego postępowania, ani treść uzasadnienia powoływanego w niniejszej sprawie, ani rodzaj zastrzeganych dokumentów i ich znaczenie nie są analogiczne jak w niniejszej sprawie. Odwołujący zauważał, że zacytowany fragment wyroku stanowił jedynie wstępną, generalną wykładnię przepisów. Właściwe uzasadnienie, tj. odniesienie się do treści uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez ówczesnego wykonawcę oraz wylistowanie szczegółowych powodów, dla których Sąd Okręgowy uznał, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę powinny zostać odtajnione znalazło się w dalszej części uzasadnienia. Zdaniem odwołującego Zamawiający w niniejszej sprawie pozostał jednak jedynie na ogólnikowych tezach odnoszących się do abstrakcyjnej wykładni przepisów, nie przechodząc do weryfikacji dokumentów przedłożonych przez niego.

Odwołujący podniósł, że rozważając jaki mógłby być powód zacytowania pierwszego z wyroków, zwrócił uwagę, że Zamawiający kilkakrotnie cytuje fragmenty uzasadnień wyroków odnoszące się do potrzeby wykazania przesłanek zastrzeżenia. Zdaniem odwołującego, tezy te, mimo, że zasadniczo słuszne, są – jego zdaniem - niezrozumiałe w kontekście uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez niego wraz z wyjaśnieniami. Zdaniem odwołującego dokument ten bowiem wykazuje każdą z trzech przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, w szczególności:

a) na stronie drugiej wyjaśniał, że informacje zastrzeżone mają charakter niejawnny. Uprawdopodobnił ten fakt przedstawiając szczegółowe informacje co do reżimu w jakim był zawarty kontrakt objęty zastrzeżeniem;

b) na stronach 3 i 4 wskazywał na wartość gospodarczą tych informacji. Nie tylko opisywał z czego on ją wywodzi, ale również dokonał jej szacowania wskazując kwotowo przewidywaną wartość szkody;

c) na stronie 5 opisał działania, które mają na celu zapewnienie zachowania poufności oraz zapobieżenie nieuprawnionemu dostępowi osób trzecich oraz załączył do uzasadnienia szereg dowodów na potwierdzenie wyjaśnień.

Zdaniem odwołującego, tym samym wykazał on zaistnienie wszystkich przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jego zdaniem nie można nazwać uzasadnienia za sztampowe czy ogólnikowe. Wykonawca nie cytuje w nim dziesiątek orzeczeń, lecz przede wszystkim opisuje realne powody utajnienia w odniesieniu do konkretnych informacji (odrębnie do informacji o podmiocie i przedmiocie zamówienia, odrębnie o sposobie kalkulacji). Zamawiający zaś w ogóle nie wskazuje, czy w jego ocenie jedna z tych przesłanek nie została wykazana, czy też została niewystarczająco wykazana.

Odwołujący wskazał, że w pierwszym z cytowanych wyroków (SO XXIII Zs 133/21) Zamawiający podkreślił fragment dotyczący konieczności wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, z którego wprost wynika, że wartość gospodarczą informacji można wykazać poprzez wykazanie szacowanej szkody, którą wykonawca poniesie, jeśli jego konkurencja pozyska wiedzę o zastrzeganej informacji. Odwołujący argumentował, że właśnie między innymi poprzez oszacowanie potencjalnej szkody z powodu odtajnienia informacji wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Odwołujący przybliżył poziom tej szkody szacując ją kwotowo oraz wskazał w jaki sposób ustala, z czego wywodzi wartość zastrzeganych informacji odrębnie dla każdej z tych wartości. Odwołujący podkreślał, że wskazując na ryzyko wykorzystania informacji przez konkurencyjnych wykonawców w uzasadnieniu nie powołuje się na ogólniki (abstrakcyjny krąg wykonawców konkurencyjnych), lecz konkretnie wskazuje na działanie w konkretnym wąskim rynku i konkurowanie z tym samym kręgiem wykonawców również w innych postępowaniach. Wykazuje zatem w sposób należyty realność opisywanych obaw i ryzyka zaistnienia szkody.

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie nie poprzestał jedynie na przytoczeniu elementów definicji tajemnicy oraz zapewnieniu o posiadaniu przez informację wartości gospodarczej lecz wykazał w sposób wystarczający i uzasadniony ich charakterem. Zdaniem odwołującego, niezrozumiałym jest również cytat z wyroku KIO 3762/21, z którego Zamawiający wybrał fragment dotyczący objęcia tajemnicą całego dokumentu i wykazywania zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji poprzez fakt, że są one zastrzegane w jednym dokumencie. Trudno doszukiwać się związku tego cytatu z niniejszym postępowaniem. Należy bowiem podkreślić, że Odwołujący nie zastrzegł jako tajemnica całości wyjaśnienia dokumentów podmiotowych, do których był wezwany. Nie zastrzegł nawet całości opisu doświadczenia, na które wskazał jedynie nadmiarowo, aby pokazać Zamawiającemu, że potencjał jego doświadczenia jest daleko szerszy niż

tylko doświadczenie wskazane w wykazie, które wybrał jako wystarczające dla tego postępowania. Odwołujący wskazał, że objął zastrzeżeniem jedynie niewielki fragment swojego doświadczenia (dwie usługi realizowane dla konkretnego podmiotu), co do którego zachodzą wszystkie przesłanki uznania tej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i co do których był również zobowiązany do ochrony przez swojego kontrahenta. Odwołujący argumentował, że wprost w uzasadnieniu zastrzeżenia referuje do tych informacji, wskazując m.in. na stronie 3 uzasadnienia, że przedmiotem zastrzeżenia są podmiot, na rzecz którego usługi były realizowane, przedmiot usługi oraz dane dotyczące sposobu kalkulacji realizowanych usług. Nie mamy zatem do czynienia z zastrzeżeniami całych dokumentów czy treści wyjaśnień, a szczegółowych informacji. Jeżeli przedmiotem zastrzeżenia jest cały dokument (np. faktura, referencje) to tylko z uwagi na fakt, że w dokumencie tym nie ma innych informacji niż te prawnie chronione.

Odwołujący podniósł, że w treści uzasadnienia nie wykazywał również konieczności objęcia ochroną informacji tylko poprzez ich kompilację (zestawienie) z innymi informacjami. Tym samym wydaje się, że cytat z drugiego z wyroków nie znajduje w ogóle zastosowania w niniejszym stanie faktycznym, a tym samym nie może stanowić jakiegokolwiek uzasadnienia dla działań Zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, ostatni, zacytowany obszernie na stronach od 2 do 4 (ostatniej) uzasadnienia decyzji o odtajnieniu, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej również nie przystaje do okoliczności niniejszej sprawy, a co najwyżej może potwierdzać prawidłowość zastrzeżenia dokonanego przez niego. Na wstępie cytatu z uzasadnienia wyroku KIO 674/23 znajduje się fragment, w którym Izba wskazuje na konieczność wykazania przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Po czym dalej wywód Izby, zgodnie z którym w tamtej sprawie „*W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą Odwołującego) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu*”. Zdaniem odwołującego, stwierdzenie to nie może mieć zastosowania do przedmiotowego zastrzeżenia i uzasadnienia złożonego przez niego, które nie kończy się na deklaracji czy cytacie z przepisów. Odwołujący stwierdzał, że uzasadnienie odtajnienia pozbawione jakiegokolwiek śladu indywidualnej oceny złożonego przez niego uzasadnienia stanowi ogólnikowy i uniwersalny wzorzec, który mógłby być stosowany przez dowolnego zamawiającego w dowolnym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że następnie Zamawiający cytuje wywód Izby, w którym analizuje ona skuteczność utajnienia w świetle faktu, że wykazywane działania dotyczą jedynie jednego z konsorcjantów. Zdaniem odwołującego również ta teza nie ma znaczenia dla oceny skuteczności zastrzeżenia dokonanego przez niego, który działa samodzielnie (nie w ramach konsorcjum). Odwołujący argumentował, że w kolejnym akapicie Izba pochyła się nad analizą konkretnych danych zawartych w dokumentach oznaczonych literami a-d uznając, że mają one charakter ogólnikowy i blankietowy a dane zawarte w dokumencie „e” nie mają przełożenia na konkurencję na rynku. Zdaniem odwołującego dokumenty te nie są tożsame do dokumentów zastrzeżonych w ramach niniejszego postępowania. Również z uzasadnienia wyroku wynika, że uzasadnienie ich zastrzeżenia nie zawierało żadnych informacji o wartości gospodarczej, a zatem nie można w ogóle mówić o adekwatności cytowanego wyroku w niniejszej sprawie.

Kolejno odwołujący argumentował, że w dalszej części uzasadnienia odtajnienia Zamawiający bezrefleksyjnie cytuje kolejny fragment uzasadnienia wyroku KIO 674/23, w którym Izba analizowała orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE C-54/21 w kontekście danej sprawy. W uzasadnieniu czynności odtajnienia na stronie 4 znalazł się cytat wyroku, na który powoływał się również on w swoim zastrzeżeniu.

Odwołujący argumentował, że pomimo zacytowania wytycznych o konieczności dokonania wyważenia interesów obu wykonawców w sposób opisany w wyroku TSUE Zamawiający nie zastosował się do tych wytycznych. Zdaniem odwołującego nie wiadomo w jaki sposób ustalił, że utajnione informacje godzą w interes konkurencyjnego wykonawcy czy w jego prawo do weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący podkreślił, że wykaz usług złożony w postępowaniu jest jawny. Również całość wyjaśnień odnoszących się do pytań Zamawiającego zawartych w wezwaniu do wyjaśnień jest jawna. A zatem żadne obligatoryjne, wymagane przepisami czynności czy informacje nie podlegały zastrzeżeniu. Odwołujący wskazał, że zastrzegł niewielki fragment informacji nadmiarowych nieobjętych wezwaniem do wyjaśnień. Zdaniem odwołującego niezależnie od tego czy znalazłyby się one w wyjaśnieniach czy nie, inne przykłady doświadczenia w sposób wystarczający i nadmiarowy dowodzą, że ma on bogate doświadczenie w realizacji usług analogicznych do przedmiotu postępowania. Odtajnienie informacji, mimo ich zastrzeżenia przez niego, nie służy zatem ochronie prawa innego wykonawcy do skutecznego skorzystania za środków ochrony prawnej, a jedynie w sposób negatywny wpłynie na jego sferę prawną. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie wynik wyważenia tych interesów jest ewidentny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający we wstępie uzasadnienia decyzji o odtajnieniu, które nie stanowią cytatu z orzecznictwa, powołuje się na zasadę jawności przypisując jej kluczowe i podstawowe znaczenie w zamówieniach publicznych. Zdaniem odwołującego nie można jednak tracić z oczu podstawowego celu przepisów z zakresu zamówień publicznych na jaki wskazuje TSUE w ww. wyroku, tj. zapewnienie istnienia niezakłóconej konkurencji. W ocenie

Trybunału instrumentem zapewnienia tego celu jest właśnie art. 21 dyrektywy 2014/24/UE, który zakazuje zamawiającemu ujawniania informacji oznaczonych przez wykonawców jako poufne. Instytucje zamawiające nie mogą bowiem ujawniać informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana do zakłócenia chronionej prawem konkurencji. Co więcej Trybunał wskazuje, że analizowane przepisy opierają się na stosunku zaufania między zamawiającym a wykonawcą, który musi mieć gwarancję, że może przekazać zamawiającemu w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego istotne dla siebie informacje bez obaw, że zostaną one udostępnione podmiotom trzecim. Zdaniem odwołującego, tym samym nie chodzi w procesie odtajniania dokumentów o jawność dla samej jawności, lecz o uczciwą konkurencję. Zdaniem odwołującego tam, gdzie nie ma ryzyka zagrożenia interesu wykonawcy konkurencyjnego do weryfikacji decyzji zamawiającego w danym postępowaniu, odtajnienie informacji, które w „normalnym” rynkowym obiegu nigdy nie ujrzałyby światła dziennego, nie może być priorytetem Zamawiającego jako czynność bezprawnie i bezzasadnie wpływająca na zachwianie konkurencji na danym rynku.

Odwołujący argumentował, że oceniając zasadność zastrzeżenia nie można również abstrahować od okoliczności i treści złożonych informacji. Nie można pominąć, że postępowanie prowadzone jest w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Chociaż PZP nie ogranicza jawności postępowania tylko z uwagi na prowadzony tryb postępowania, nie sposób nie podkreślić, że specyfika rynku obronnościowego w wyższym stopniu niż każdego innego wymaga zachowania poufności. Ryzyka z ujawnieniem informacji są ryzykami nie tylko gospodarczymi, związanymi z działalnością konkretnego wykonawcy, ale przekładają się na bezpieczeństwo państwa. Informacje o konkretnych zamówieniach i sposobie ich realizacji (w tym dostarczonym sprzęcie co wynika z faktur itp) są informacjami wrażliwymi. Nierzadko właśnie ta ich cecha wpływa na konieczność ich wyłączenia spod reżimu ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący argumentował, że każdorazowo to odbiorcy danych zamówień (jego klienci) decydują o konieczności zachowania w poufności tych informacji mając na uwadze szerszy, publiczny interes. Zdaniem odwołującego także ten aspekt powinien być zostać uwzględniony przez Zamawiającego tak w świetle analizowanych dokumentów przedłożonych przez niego, jak i w świetle orzeczenia TSUE C-54/22, gdzie wprost wskazuje się na konieczność uwzględnienia przez zamawiającego szerszych aspektów, w tym interesu publicznego, podczas decyzji o odtajnieniu informacji.

Zdaniem odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia całkowicie pomija ten aspekt sprawy, trudno zatem domniemywać z jakiego powodu uznał on go za nieistotny dla podjętej decyzji. Na zakończenie Odwołujący podkreślał, że celem odwołania nie jest uzupełnienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, które w jego ocenie jest właściwe i wystarczające. Odwołujący argumentował, że w odwołaniu nie powiełał argumentacji tam zawartej na potwierdzenie uzasadnienia zastrzeżenia informacji. Argumentował, że celem jego odwołania jest wskazanie wadliwości i bezprawności działań Zamawiającego w zakresie czynności odtajnienia zastrzeżonych informacji z dnia 22 czerwca 2023 r. i w zakresie uzasadnienia, które zostało mu przekazane.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca GISS sp. z o.o. w Warszawie. Złożył pismo procesowe, w którym złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, wnioski odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień, wyjaśnienia odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Stosownie do art. 18 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.

Art. 20 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są naprawy, serwisowania oraz diagnostyka po okresie gwarancji dla terminali VSAT SatPack Fly Away 1.8.

Ustalono, że do upływu terminu składania wniosków do zamawiającego swój wniosek złożył m.in. odwołujący.

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 12 czerwca 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do wyjaśnienia treści złożonego przez niego wykazu usług w odniesieniu do wymienionego w wykazie usług zamówienia zrealizowanego na rzecz JW. 2305.

(por. ww. wezwanie w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego).

Ustalono kolejno, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. dotyczące zrealizowanego zamówienia na rzecz JW. 2305. Do wyjaśnień odwołujący załączył wykaz usług, w którym powołał się na dodatkowe doświadczenie w świadczeniu usług gwarancyjnych, serwisowych i napraw w stosunku do pierwotnego wykazu usług (wiersze 2-9 nowo złożonego wykazu). Odwołujący zastrzegł, że objął tajemnicą przedsiębiorstwa część wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2023 r. (stanowiące w całości załącznik nr 2 i str. 8 do str. 23 niniejszego załącznika nr 3). Informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, nie są jawne i nie mogą być ujawniane podmiotom trzecim – jak też przez dysponenta informacji zostały przekazane do wyłącznej wiadomości Zamawiającego. W związku z powyższym zostały przesłane przez Wykonawcę w wyraźnie oznaczone.

W uzasadnieniu zastrzeżenia ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący wskazał, co następuje:

(...) Wykonawca wskazuje, że zastrzeżenie tych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest jedyną formą zastrzeżenia dokumentów dostępną Wykonawcy – pozostałe aspekty poufności dokumentu zostały wskazane w ww. załącznikach. (...)

Wykonawca oświadcza, iż przesłanki określone w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pozwalające na zastrzeżenie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, zostały spełnione w stosunku do wszystkich informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę w złożonych przez niego dokumentach.

Mając na względzie wnioski wypływające z legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z poglądów orzecznictwa stwierdzam, iż:

1. poprawnie zakwalifikowane zostały informacje zawarte w wyjaśnieniach i załączonych do nich dokumentach, jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
2. żadna z informacji zawartych w dokumentach nie była uprzednio powszechnie dostępna, nie ma możliwości podjęcia o nich wiedzy tzw. „zwykłą” drogą,
3. Wykonawca podjął wszelkie działania mające na celu utrzymanie tychże informacji w tajemnicy, o czym świadczy w szczególności niniejsze zastrzeżenie.

Działania takie podjął również dysponent informacji i dotyczą one również Wykonawcy, na którego nałożono obowiązek poufności.

Odnosząc się w sposób łączny do informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach wskazujemy, co następuje.

Na wstępie Wykonawca oświadcza, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej tj. nie można ich uzyskać z publicznie dostępnych dokumentów, rejestrów itp. Oznacza, to, że zawarte w niniejszych wyjaśnieniach informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie można ich uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze. Udostępnienie ich Zamawiającemu nastąpiło w drodze wyjątku i za specjalną zgodą dysponenta informacji. Sytuacja, w której Zamawiający udostępniłby te informacje innym podmiotom, stanowiłaby pierwszy przypadek ich ujawnienia.

Podkreślenia wymaga, że przedmiotowe realizacje nie były realizowane w ramach procedur publicznie dostępnych, jak zamówienia publiczne, która umożliwiają dostęp podmiotów trzecich do informacji o danym zamówieniu. Informacje o zastosowanej procedurze posiada dysponent informacji.

Ponadto zastrzeżone informacje dotyczą realizacji zamówień na rzecz podmiotu, który w sposób szczególny dba o zastrzeżenie poufności wszelkich informacji związanych z prowadzoną działalnością. Podmiot ten wyraźnie zobowiązał Wykonawcę do nieujawniania jakichkolwiek informacji o szczegółach realizacji zamówień w tym o podmiocie na rzecz, którego były one realizowane, jak i o samych szczegółach realizacji. Informacja ta wprost wynika z załączonego do wyjaśnień dokumentu. W jego treści wyraźnie zastrzeżono, że informacje mogą być przekazane przez Wykonawcę wyłącznie do wiadomości Zamawiającego. Wykonawca był zobowiązany uzyskać takie szczególne zezwolenie w celu umożliwienia przedłożenia dokumentu Zamawiającemu.

Naruszenie obowiązku może skutkować dla Wykonawcy konkretnymi konsekwencjami z tytułu naruszenia zawartych umów i zakazów udostępniania informacji. Co jednak bardziej istotne konsekwencją ujawnienia informacji może być utrata zaufania przez odbiorcę usługi oraz podmiotów, który w analogiczny sposób chronią informację, co może spowodować dla Wykonawcy wymierny negatywny skutek finansowy w postaci braku przyszłych kontraktów. W efekcie utraty zaufania oraz pozyskania wiedzy, że Wykonawca nie chronił (nie zastrzegł) w sposób wystarczający informacji wrażliwych i strzeżonych przez te podmioty, Wykonawca może stracić istotny krąg odbiorców jego usług. Szkodę ta można ustalić w sposób uśredniony przez sumowanie zysków osiąganych z tego typu zamówień na kwotę kilku milionów złotych w perspektywie kilku lat. Wartość tę (będącą jednocześnie wartością gospodarczą zastrzeganych informacji) można określić choćby na podstawie wartości umów wskazanych w zastrzeżonym załączniku. Jest to dla Wykonawcy wymierna szkoda finansowa, w szczególności ze względu na charakter świadczonych przez niego usług i sprzedawanych urządzeń, których odbiorcami są w dużej mierze podmioty o określonym charakterze działalności.

Nie ulega zatem wątpliwości, że informacje te mają wymierną wartość handlową (dotyczą kontaktów, kręgu odbiorców, zakresu usług) oraz posiadają wartość gospodarczą. Spełniają zatem przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie tylko sam podmiot, na którego rzecz zostały zrealizowane zamówienia i ich przedmiot stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również wszelkie dane przekazane Wykonawcy, które dotyczą sposobu kalkulacji realizowanych usług. Nie ulega wątpliwości, że dane dotyczące cen uzyskiwanych od poddostawców oraz sposobu kalkulacji ceny (narzutów, marż, sposobu podziału cen pomiędzy składnikami wynagrodzenia) są informacjami, które stanowią wartość organizacyjną lub handlową oraz mają wartość gospodarczą. Dane te pozwalają bowiem ustalić, jakie warunki handlowe uzyskuje Wykonawca (szczegółowe faktury), co pozwala potencjalnej konkurencji porównać te warunki i wykorzystać jako argument do negocjacji z dostawcami. Wartość gospodarcza tych informacji jest zatem bezsporna. Nie tylko bowiem potencjalni konkurencji zaoszczędzą czas pozwalający na zbudowanie długofalowej współpracy z dostawcami, ale również uzyskają wiedzę, która pozwoli im pozyskać warunki analogiczne do tych, które wypracowane zostały przez KenBIT. W sposób oczywisty te działania prowadzą do zachwiania konkurencji i utraty wypracowanej przez Wykonawcę przewagi konkurencyjnej, a zatem mają wartość gospodarczą.

Dodatkowo również (i tym bardziej) te informacje wchodzą w zakres poufności określony przez odbiorcę usług i dostaw, gdyż dotyczą szczegółów realizacji, w tym zakupionych urządzeń.

Podkreślenia wymaga, że zawarte w wyjaśnieniach informacje co do sposobu realizacji usługi i kalkulacji sporządzanej w związku z tym sposobem są elementami know-how Wykonawcy, z którego korzysta on nie tylko w tym konkretnym postępowaniu, ale buduje on przewagę konkurencyjną na trudnym, specjalistycznym rynku. Schemat budowania ceny z tytułu realizacji danej usługi nie jest bowiem zindywidualizowany i opracowany na potrzeby tego konkretnego zamówienia, ale stanowi metodę usprawniającą działalność wykonawcy i wpływającą na możliwość obniżenia jego kosztów.

Oczywistym jest, że metoda kalkulacji stanowi informację mającą istotną wartość gospodarczą. Wykonawca wypracował tę metodę poprzez wieloletnie doświadczenie oraz zaangażowanie polegające na wynegocjowaniu odpowiednich stawek od podwykonawców i dostawców Wykonawcy. To przekłada się na konkretną wartość setek godzin pracy osób zatrudnionych w dziale ofertowania, realizacji i związanych z zarządzaniem przedsiębiorstwem. Pozyskanie tych informacji spowoduje konkretną szkodę po stronie Wykonawcy, gdyż utraci on wypracowaną przez lata pozycję na rynku.

Należy wyraźnie podkreślić, iż dokumenty w postaci np. faktur zakupu urządzeń czy usług są dokumentami wrażliwymi dla każdego przedsiębiorcy i każdy inny przedsiębiorca będący konkurentem Wykonawcy jest zainteresowany uzyskaniem tego typu informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. Nawet jeżeli poznanie pojedynczej informacji nie doprowadziłoby do ujawnienia wrażliwych danych, to wszystkie zastrzeżone informacje jako zbiór danych pozwoliłyby konkurentom Wykonawcy jako podmiotom współzawodniczącym na podjęcie działań powodujących osłabienie pozycji konkurencyjnej Wykonawcy (choćby poprzez wskazanie na brak rzetelności w utrzymywaniu w poufności informacji wrażliwych czy poznanie cen zakupu), narażając go na szkodę w postaci utraconych korzyści lub wręcz straty. Jednocześnie warto podkreślić, iż rynek w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa dotyczący łączności satelitarnej jest rynkiem zamkniętym oraz wyspecjalizowanym. Tylko w ramach przykładu Wykonawca poniżej wskazuje postępowania, w których konkurentem Wykonawcy był podmiot uczestniczący również w przedmiotowym postępowaniu:

1) postępowanie prowadzone przez Agencję Uzbrojenia pn. „Dostawa Średnich Terminali Satelitarnych (STS)”, numer referencyjny: IU/102/V-88/ZO/POOiB/DOS/Z/2019,

2) postępowanie prowadzone przez Jednostkę Wojskową 2305 na dostawę terminali satelitarnych VSAT wraz z ich integracją z eksploatowanym systemem oraz usługą wsparcia technicznego (nr. ref. ZP-30/2019).

W orzeczeniu C-54/21 Trybunał wyraźnie podkreślił, że „Trybunał wielokrotnie orzekał, że podstawowy cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na zapewnieniu istnienia niezakłóconej konkurencji oraz że aby

zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznej informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ze względu na to, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznej opierają się na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach takiego postępowania bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115).” Taka właśnie sytuacja zachodzi w niniejszym postępowaniu.

Odnosząc się do ostatniej przesłanki uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wskazać, że Wykonawca podjął i ciągle podejmuje szereg działań mających na celu utrzymanie zastrzeganych informacji w tajemnicy, o czym świadczy w szczególności niniejsze zastrzeżenie.

Ponadto, porozumienie o zachowaniu poufności oraz umowa o zakazie konkurencji, które zawierane są z każdym pracownikiem, w której znajduje się obszerna klauzula o poufności, wyraźnie wskazują, że Wykonawca podejmuje należyte starania względem ochrony swoich tajemnic handlowych oraz że kwestia ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jest dla Wykonawcy bardzo istotna.

Wykonawca podjął również szereg dodatkowych działań, które mają na celu zapewnienie zachowania poufności oraz zapobieżenie nieuprawnionemu dostępowi osób trzecich tj.:

- 1) wdrożył zintegrowany system zarządzania jakością (w oparciu o normę ISO 9001:2015),
- 2) każdy komputer posiada login i hasło,
- 3) do przesyłania informacji w ramach realizowanych projektów Wykonawca posiada wewnętrzną pocztę e-mail, która jest niedostępna poza siedzibą Wykonawcy tj. komunikacja między użytkownikami odbywa się wyłącznie poprzez wydzieloną, wewnętrzną sieć Wykonawcy,
- 4) w przypadku korzystania z komputerów przenośnych poza siedzibą firmy dyski komputerowe tych urządzeń są szyfrowane,
- 5) ogranicza dostęp do dokumentów osobom niezwiązanym z niniejszym zamówieniem - dostęp posiadają tylko wspólnicy spółki, kadra zarządzająca oraz Kierownik Projektu. Wszyscy pracownicy mają podpisane stosowne umowy zobowiązujące ich do zachowania poufności, na co wskazano powyżej.

W związku z powyższym w zakresie wykazania spełnienia przesłanki zachowania należytej staranności przy podejmowaniu działań mających na celu zapewnienie poufności zastrzeżonych informacji nie ulega wątpliwości, iż Wykonawca dokonał wdrożenia środków fizycznych i prawnych, które zapewniają bezpieczeństwo zastrzeżonych informacji. Ponadto Wykonawca w niniejszych wyjaśnieniach w sposób szczegółowy opisał środki podejmowane przez niego w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności oraz przedłożył szereg dowodów na potwierdzenie wdrożenia tych środków. (...)

Nie można również pominąć w trakcie oceny zastrzeżenia tajemnicy faktu, że zastrzegane informacje są informacjami nadmiarowymi, niewymaganymi wprost przez Zamawiającego w wezwaniu z 12 czerwca 2023 r. Ich zastrzeżenie w żaden sposób nie wpływa zatem na możliwość konkurującego wykonawcy skorzystania ze środków ochrony prawnej, czy w żaden inny sposób nie narusza słusznym interesów tego wykonawcy, które miałyby wyższy poziom ochrony niż ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy (por. argumentację z przywołanego powyżej wyroku TSUE C-54/21).

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach oraz dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, odpowiadając przesłankom określonym w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wskazując okoliczności, o których mowa powyżej, spełnił kryteria określone w art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzegając, iż nie mogą być one udostępniane oraz wyczerpująco wykazując spełnienie przez nie waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym niezasadne byłoby ich odtajnienie również w świetle wagi interesów opisanego w orzeczeniu TSUE C-54/21.

(por. uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poczynione przez odwołującego).

Odwołujący oświadczył, że do ww. uzasadnienia załączył:

1. Kopia zanonimizowanego porozumienia o zachowaniu poufności pracownika. – INFORMACJE STANOWIĄC TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA na 1 str.
2. Kopia zanonimizowanej umowy o zakazie konkurencji. - INFORMACJE STANOWIĄC TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA na 2 str.
3. Kopia zanonimizowanych umów (3 wersje) - INFORMACJE STANOWIĄC TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA na 1 str.
4. Certyfikat ISO 9001:2015 na 1 str.
5. Oświadczenie Wykonawcy dot. systemów na 1 str.

Kolejno ustalono, że 22 czerwca 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o uznaniu jako nieskutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w ww. wyjaśnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego. W uzasadnieniu czynności zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający zawiadamia, iż odtajnia wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych informacje zawarte w przedłożonych dokumentach jako tajemnicę przedsiębiorstwa w myśl art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza jawność przekazywanych informacji.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy PZP Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "Wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także 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 gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Pogląd ten jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie "wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne.

Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie a mianowicie że wartość ta musi być realna wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanie ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne) co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazanie kosztów wykonanych badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej jak np. w odniesieniu do list kontrahentów wykonawcy wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjęć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. (Wyrok SO w Warszawie z 24.02.2022 r., XXIII Zs 133/21).

O tym czy określone zestawienie informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa nie może przesądzać wyłącznie okoliczność ich zestawienia przez wykonawcę w jednym dokumencie. Sama okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie, który nie jest publicznie dostępny nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednak wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotom działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy (Wyrok KIO z 17.01.2022 r., KIO 3762/21).

W art. 18 ust. 3 p.z.p. ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca "wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „Wykazał”, co 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 ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (Wyrok KIO z 27.03.2023 r., KIO 674/23)

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania 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. W art. 18 ust. 3 PZP ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. 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.

Powyższa zasada wykazania przesłanek nie doznaje, w ocenie Izby, ograniczenia również w świetle art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i znajduje potwierdzenie w rozstrzygnięciu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ("TSUE") z dnia 17 listopada 2022 r., o sygn. akt C-54-21 (Antea Polska), które jedynie wskazało na możliwość zastrzegania tajemnicy nie tylko w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK, lecz również innych które mogłyby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy. Tutaj jednak powstaje potrzeba wykazania możliwości naruszenia interesów handlowych wykonawcy i możliwości zakłócenia konkurencji w wyniku ujawnienia zastrzeganej informacji.

W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji w świetle UZNK oraz szerzej pojmowanej tajemnicy, do której referuje art. 21 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE a Zamawiający uzasadniając decyzję o odtajnieniu prawidłowo wskazał motyw i podstawę podjętej czynności.

Izba podzieliła w zakresie oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przez Wykonawcę w ramach Postępowania stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowa i uniwersalna, w tym znaczeniu, że mogłaby w zasadzie (poza firmą Odwołującego) być wykorzystana w treści dowolnego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzonego przez dowolnego innego wykonawcę w każdym postępowaniu. Uzasadnienie zawiera wyłącznie deklaracje o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej, wpływie na zakłócenie konkurencji lub wartości handlowej, bez doprecyzowania na czym ona polega w świetle treści konkretnych dokumentów i bez wykazania choćby tego, na czym miałyby polegać strata grożąca Odwołującemu w razie ujawnienia tych informacji czy też zakłócenie konkurencji. Same deklaracje czy oświadczenia, jak wskazano już wyżej, nie stanowią „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 PZP.

Izba uznała, że opis przyjętych procedur zabezpieczających przez ujawnieniem informacji poufnych u konsorcjanta Wykonawcy jest szczegółowy, lecz również tutaj zabrakło elementu wykazania wdrożenia tychże w odniesieniu do informacji dokument e). W ocenie Izby nie jest wystarczającym dla wykazania przedsięwzięcia działań niezbędnych w celu zachowania w poufności informacji dotyczących prowadzonego sporu sądowego, przedstawienie umowy o pracę i wytycznych prezesa konsorcjanta Wykonawcy w zakresie zapoznania się z procedurami wewnętrznymi, w szczególności wobec istnienia drugiego aktora firmy Saferoad Grawil sp. z o.o. w Kobierzycach. Kwestia ta pozostaje jednak bez wpływu na ocenę kwestionowanego zachowania Zamawiającego wobec nie wykazania przez Wykonawcę przesłanki wartości gospodarczej, handlowej lub zakłócenia konkurencji na skutek odtajnienia zastrzeganych informacji w odniesieniu do wszystkich kategorii zastrzeganych dokumentów/ informacji (dokumenty a-e).

Izba poddała także analizie zastrzeżone dokumenty i nie znalazła w nich danych pozwalających na zbudowanie przewagi rynkowej innym podmiotom lub zakłócenia konkurencji. Dane zawarte w dokumentach a-d mają charakter ogólnikowy i blankietowy, nie pozwalają w ocenie Izby także na przewidzenie, jakie decyzje zostaną podjęte przez Wykonawcę w przyszłości w innych potencjalnych postępowaniach. Wbrew twierdzeniom uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy oraz odwołania nie zawierają metodologii pozwalającej na budowanie przewagi rynkowej. Dane zastrzeżone z dokumentu litera e) również nie mają, przełożenia na konkurencję na rynku, nie powodują jej zachwiania. Wobec faktu, że dotyczą postępowania sądowego, którego stroną jest Zamawiający i mógł się jako uczestnik Postępowania z nimi zapoznać nie wpłyną także na zbudowanie lub zachwianie przewagi procesowej.

Odnosząc się do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-54/21 i związanej z tym argumentacji, jeszcze raz Izba podkreśla, że wyrok ten nie zmienił treści art. 18 ust. 3 PZP, czyli wymogu „wykazania” przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to zgodne z art. 21 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „dyrektywa klasyczna”), w którym przewidziano obowiązek nieujawniania przez zamawiającego „informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne”, o ile „nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji”. Tym samym obowiązek wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, pozostaje aktualny. Trybunał potwierdził to

także w pkt 65 ww. wyroku, w którym stwierdził: "W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter".

Trybunał wskazał też na konieczność wyważenia między poufnością a realizacją uzasadnionych interesów innych wykonawców. Wynika to w szczególności z pkt 50 ww. wyroku, w którym wskazano: "Niemniej zasadę ochrony informacji poufnych trzeba pogodzić z wymogami skutecznej ochrony sądowej. W tym celu należy dokonać wyważenia zakazu określonego w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24 oraz ogólnej zasady dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia. Owo wyważenie powinno uwzględniać w szczególności okoliczność, że w braku wystarczających informacji umożliwiających sprawdzenie, czy decyzja instytucji zamawiającej dotycząca udzielenia zamówienia jest obciążona ewentualnymi błędami lub jest bezprawna, odrzucony oferent nie będzie miał w praktyce możliwości skorzystania w odniesieniu do takiej decyzji z prawa do skutecznego środka prawnego

Biorąc zatem pod uwagę zarówno przepisy UZNK, PZP oraz dyrektywy klasycznej, jak i stanowisko Trybunału wyrażone w ww. wyroku, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, ale też nie wykazał, aby ujawnienie tych informacji mogło realnie zakłócić konkurencję i wpłynąć na warunki prowadzenia przez niego działalności gospodarczej. Natomiast nieujawnienie tych informacji z pewnością zamyka innym wykonawcom drogę do wiedzy, która pozwolić może na ocenę spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 16 PZP.

W związku z powyższym oraz faktem, iż Wykonawca nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwość iż informacje wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią taką tajemnicę — wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych oraz przedłożone dokumenty zostaną odtajnione.

(por. plik: ww. zawiadomienie, w aktach sprawy, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Odwołanie okazało się zasadne w pierwszej części, a mianowicie w tej, w której odwołujący powołując się na naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazane w odwołaniu, domagał się unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r. o odtajnieniu treści wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych złożonych przez odwołującego przy piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r.

Jakkolwiek ustawa Pzp nie wskazuje wprost na konieczność uzasadnienia tego rodzaju czynności zamawiającego, w przeciwieństwie choćby do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (por. art. 253 ust. 1 Pzp) czy czynności unieważnienia postępowania (art. 260 ust. 1 ustawy Pzp), to jak słusznie wskazał odwołujący – w przypadku tego rodzaju doniosłej dla wykonawców czynności jaką jest odtajnienie dokumentów - konieczność uzasadnienia takiej czynności można wywodzić z zasady przejrzystości (art. 16 Pzp) i pisemności postępowania (art. 20 Pzp).

Na doniosłość instytucji uzasadnienia czynności zamawiającego zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex (UK) Ltd przeciwko NHS Business Services Authority. W orzeczeniu tym wskazano, że *fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone, nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatowi lub oferentowi wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do wystąpienia ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania.*

Jak wynika z powyższego uzasadnienie czynności zamawiającego, szczególnie tak doniosłej jak odtajnienie dokumentów, jest konieczne z uwagi na prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego dokumenty składane z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający zamierza odtajnić, uznając, że zastrzeżenie to jest nieskuteczne. Przyjmując jednak stanowisko odwołującego za konsekwentne należy jednak także dostrzec, że wszelkie inne powody odtajnienia dokumentów – nieujawnione wykonawcy - nie mogą być następnie na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą wprowadzane przez zamawiającego czy wykonawcę wnoszącego sprzeciw do uzasadnienia zaskarżonej czynności. W ocenie Izby taką próbę wprowadzenia dodatkowych, nowych powodów, dla których wyjaśnienia odwołującego powinny zostać odtajnione, podjął przystępujący w złożonym przez siebie sprzeciwie. Jak słusznie wskazał odwołujący w trakcie rozprawy, są to nowe powody odtajnienia, nieznanne odwołującemu w świetle uzasadnienia zaskarżonej przez niego czynności zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r.

Co do niedopuszczalności omawianej praktyki Izba podzieliła w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt

XXIII Ga 416/11, iż „(...)Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

Jednocześnie jednak Izba dostrzega powody, dlaczego owe nowe powody odtajnienia przystępujący przedstawił w sprzeciwie, z uwagi na drugie żądanie odwołującego, które podlegało oddaleniu przez Izbę, o czym będzie mowa w później.

Jeśli natomiast chodzi o zaskarżoną w odwołaniu czynność zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r. o odtajnieniu dokumentów odwołującego, z takim uzasadnieniem, jakie sporządził zamawiający, to należało stwierdzić, że czynność z tak sporządzonym uzasadnieniem nie odpowiadała prawu i musiała zostać wyeliminowana.

Jak wskazał odwołujący w odwołaniu treść uzasadnienia zaskarżonej czynności odtajnienia składała się z 4 zdań (trzy na pierwszej stronie i jedno na ostatniej), pochodzących od samego zamawiającego. Cała reszta, a więc nieomal całość uzasadnienia spornej czynności, składała się z wyłącznie cytatów z orzeczeń Izby, Sądów i Trybunału. Orzeczenia te zapadły w konkretnych stanach faktycznych, przy innym rodzaju zastrzeganych - jako tajemnica przedsiębiorstwa - dokumentów, innej szczegółowości uzasadnienia zastrzeżenia, czy innych dowodach, składanych celem wykazania skuteczności owego zastrzeżenia.

Wobec powyższego owe cytaty z orzecznictwa przedstawiały jedynie pewne ogólne wywody na temat instytucji zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa i obowiązku wykazania jego zasadności i nic nie wносиły do sprawy. W szczególności w oparciu o przytoczone orzecznictwo, jak słusznie podniósł odwołujący, nie mógł on się domyślić, dlaczego zamawiający uznaje jego zastrzeżenie za nieskuteczne, którym wyjaśnieniom i dowodom zamawiający dał wiarę, którym odmówił wiarygodności, czy też w jakim zakresie ewentualnie odwołujący nie sprostął konieczności wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uзнk. Co więcej, niektóre z tych orzeczeń zapadły w stanach faktycznych wprost sprzecznych ze stanem faktycznym sprawy (np. cytaty z jednego z orzeczeń Izby dotyczące konieczności przedstawiania działań podjętych w celu zachowania informacji w poufności przez drugiego konsorcjanta, w sytuacji, gdy odwołujący w tej sprawie składał wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu samodzielnie, czy też orzeczenie zapadłe w sytuacji, gdy wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość składanych dokumentów, a nie fragmenty, tak jak było to udziałem odwołującego). Tak więc nawet w oparciu o dobór orzecznictwa, które nie może być uznane za uzasadnienie czynności pochodzące od samego zamawiającego, odwołujący nie mógł się domyślić, w czym zamawiający upatruje wadliwości sporządzonego przez niego uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodzić należało się zatem z odwołującym, że zamawiający, podejmując decyzję o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji, zadziałał automatycznie i bezrefleksyjnie. Nie ulegało również wątpliwości, że otrzymując tak uzasadnioną czynność zamawiającego, odwołujący wnosząc odwołanie mógł jedynie spekulować co mogło być przyczyną odtajnienia zastrzeżonych przez niego informacji. Wobec powyższego sformułowany w odwołaniu zarzut naruszenia art. 16 ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 20 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprzedstawienie w uzasadnieniu odtajnienia realnych powodów odtajnienia informacji należało uznać za zasługujący na uwzględnienie.

W konsekwencji Izba uznała, że zasadne i konieczne jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 22 czerwca 2023 r. polegającej na odtajnieniu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie w jakim dotyczy to załączników do wyjaśnień datowanych na dzień 16 czerwca 2023 r. i oznaczonych jako tajemnica

przedsiębiorstwa.

Chybione okazało się odwołanie w zakresie drugiego z żądań, jakie odwołujący przedstawił w odwołaniu. Na str. 3 odwołania odwołujący, niezależnie od żądania unieważnienia czynności zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r., domagał się także nakazania zamawiającemu uznania zastrzeżonych wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Przypomnienia w tym miejscu wymagało, że zgodnie z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu lub na zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp. Jak wynika z ww. przepisu, Izba dokonuje kontroli czynności i zaniechań zamawiającego dokonanych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba w świetle ww. przepisu nie dokonuje natomiast samodzielnie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izbie nie przysługują uprawnienia komisji przetargowej ani nie jest ona kierownikiem zamawiającego. Do tego zaś sprowadzać musiałyby się zadania Izby, gdyby merytorycznie orzekła o omawianym żądaniu odwołującego. Dostrzeżenia wymagało, że Izba, chcąc merytorycznie orzec o drugim żądaniu odwołującego musiałyby choćby poddać ocenie całkowicie nowe powody odtajnienia, na jakie powoływał się przystępujący we wniesionym sprzeciwie. Co istotne, nowe powody odtajnienia wyartykułowane w sprzeciwie, co oczywiste, nie było znane odwołującemu w chwili wniesienia odwołania. Odwołujący zatem nie sformułował co do tych nowych powodów zarzutów w odwołaniu. Zgodnie natomiast z art. 555 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu.*

W konsekwencji Izba nie mogła pochylić się nad szeroko artykułowanymi w sprzeciwie powodami, dla których zdaniem wnoszącego sprzeciw zamawiający jednak powinien dokonać odtajnienia spornych dokumentów. Jak wyjaśniono wcześniej, te motywy nie przyświecały zamawiającemu, gdy podejmował czynność z dnia 22 czerwca 2023 r. zaskarżoną w odwołaniu. W konsekwencji motywy te nie zostały zaskarżone w odwołaniu, a Izba związana zarzutami przedstawionymi w odwołaniu, nie mogła się odnieść co do nowych zarzutów formułowanych przez odwołującego dopiero na rozprawie wobec nowych motywów. Na marginesie jednak Izba dostrzegła, że z uwagi na drugie, bezzasadne żądanie odwołującego, które podlegało oddaleniu, wnoszący sprzeciw zmuszony został do przedstawiania argumentacji wykraczającej poza uzasadnienie zaskarżonej czynności.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie drugiego z żądań musiało zostać oddalone (por. pkt 2 sentencji). To, że zamawiający z powołaniem się wyłącznie na tak sztapkowe motywy (a w zasadzie ich brak) jak zawarte w uzasadnieniu skarżonej czynności, bezzasadnie uznał zastrzeżenie na bezskuteczne, nie oznacza jeszcze, że to zastrzeżenie jest prawidłowe. Badanie i ocena w tym zakresie musi zostać powtórzone przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co Izba nakazała w pkt 1 sentencji.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenia Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do częściowego uwzględnienia i częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 20 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający – z naruszeniem tych przepisów – zaniechał czynności należytego uzasadnienia czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach odwołującego.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

- a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo
- b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo
- c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Na ww. podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 22 czerwca 2023 r. w przedmiocie odtajnienia wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych odwołującego z dnia 16 czerwca 2023 r. wraz z załącznikami oraz powtórzenie czynności badania i oceny skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. wyjaśnień odwołującego wraz z załącznikami.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Oдноśnie zarzutów i żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 554 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Stosownie do przywoływanego przepisu, *w przypadku uwzględnienia odwołania w części, w sentencji wyroku Izba wskazuje, które zarzuty uznała za uzasadnione, a które za nieuzasadnione.*

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła częściowo odwołanie, w zakresie pierwszego z dwóch żądań odwołującego. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosili zatem po połowie wnoszący sprzeciw oraz odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł, tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia swego pełnomocnika (15.000+3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100,00 zł (22.200 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 zł – 11.100,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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

Przewodniczący:.....