Sygn. akt: KIO 1615/23

WYROK
z dnia 20 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Trakcja S.A., P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U.B. P. P. (Al. Jerozolimskie 100/lok. II p., 00-807 Warszawa)**w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa)**
przy udziale wykonawcy **Budimex S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa)**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1)oddala odwołanie,

2)kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Trakcja S.A., P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U.B. P. P. (Al. Jerozolimskie 100/lok. II p., 00-807 Warszawa)** i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Trakcja S.A., P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U.B. P. P. (Al. Jerozolimskie 100/lok. II p., 00-807 Warszawa)**tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego **Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego,

2.2.zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Trakcja S.A., P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U.B. P. P. (Al. Jerozolimskie 100/lok. II p., 00-807 Warszawa)** na rzecz Zamawiającego **Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. (Al. Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (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:……...
Członkowie: ……...
……...

Sygn. akt: KIO 1615/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Budowa korytarzy transportowych dojazdowych przy budowie Centralnego Portu Komunikacyjnego - zaprojektuj i wybuduj - postępowanie w dwóch częściach."

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Trakcja S.A.,P. P. prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą P.H.U.B. P. P. wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu informacji zawartych w piśmie z dnia 12 maja 2023 r. zawierającym wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) i załącznikach do tego pisma (łącznie wszystkie dokumenty jako „Wyjaśnienia"), zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (z wyjątkiem załączników 1-7, 57, 59-64).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odtajnienie Wyjaśnień Odwołującego, podczas gdy Odwołujący wykazał, że dokumenty te spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za

tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla Odwołującego); a w konsekwencji art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych_poprzez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów stanowiących Wyjaśnienia Odwołującego; uznania, że Wyjaśnienia zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie powinny zostać odtajnione.

24 maja 2023 roku Zamawiający dokonał czynności odtajnienia informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 12 maja 2023 roku zawierającym wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia z postępowania (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych) i załącznikach do tego pisma, zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (z wyjątkiem załączników 1-7, 57, 59-64).

W treści uzasadnienia odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstw wyjaśnień Zamawiający wskazał, że Wykonawca w Wyjaśnieniach wskazał wyłącznie ogólnikowe stwierdzenia, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa:

•zawierają informacje handlowe i organizacyjne,

•ujawnienie opisanych w nich faktów może mieć negatywny skutek procesowy na linii Trakcja— instytucje zamawiające w zakresie powyższych kontraktów,

•zawierają szereg szczegółowych informacji, których upublicznienie może negatywnie wpłynąć na fakt podjęcia rozmów ugodowych i uzgodnienia wspólnego stanowiska (w przypadku umowy, gdzie ugoda nie została zawarta),

•zawierają treść zarzutów stawianych zarówno przez zamawiających, jak i Trakcję w przypadku spornych części kontraktów,

•wyjaśnienia zawierają korespondencję pomiędzy Trakcją a zamawiającymi, zawierającą informacje, które mogą negatywnie wpłynąć na prowadzenie przez Wykonawcę działalności gospodarczej;

nie przywołując przy tym konkretnych okoliczności, które potwierdziłyby konieczność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wskazanych przez niego dokumentów. Wykonawca nie wykazał, że informacji tych nie powinno się ujawniać.

Zdaniem Zamawiającego, Wykonawca nie może opierać swojego przekonania o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w zastrzeżonych dokumentach na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując żadnych konkretnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń.

Zamawiający wskazał także, że wszystkie sześć umów:

1.Umowa nr 170/2016/ZDW z dnia 15 września 2016 r. zawarta z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie, której przedmiotem jest realizacja zadania pn.„Obwodnica Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781 - zaprojektowanie i wykonanie robót budowanych";

2.Umowa nr 234/2016/ZDW z dnia 5 grudnia 2016 r. zawarta z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie, której przedmiotem jest „Rozbudowa DW 957 Krowiarki - Nowy Targ, zadanie 1 -opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót";

3.Umowa Nr 186/I-4/2017 z dnia 23 października 2017 r. na realizację inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin - Knybawa" zawarta ze Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad";

4.Umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. zawarta z Województwem Wielkopolskim -Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na realizację inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 - etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj";

5.Umowa nr 745/136.WZP/18 z 10 października2018 r. zawarta z Województwem Wielkopolskim -Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na realizację inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj";

6. Umowa nr 90/107/0217/18/Z/I z dnia 27 lipca 2018 r. zawarta z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na realizację inwestycji pn.: „Budowa szczecińskiej kolei metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 351 - zadanie A pn. Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny - Police"

objęte tajemnicą przedsiębiorstwa to umowy zawarte na skutek postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie ustawy Pzp. W przypadku wystąpienia do któregoś z Zamawiających, z którymi Trakcja miała zawarte umowy, z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej dotyczącej realizacji poszczególnych umów, Zamawiający Ci mają obowiązek jej udzielić. Nie można zatem uznać, że informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający ujawnił, że część informacji, które w ocenie Wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa można odnaleźć na stronach internetowych, dla przykładu:

Konflikt GDDKiA z Trakcją S.A. Będą kroki prawne. Kto ma rację? - Inżynieria.com (), .
Zdaniem Zamawiającego przywołany argument, iż upublicznienie informacji zmniejszyłoby konkurencyjność Trakcji w innych przetargach, nie ma racji bytu. Zdolność do realizacji przedmiotu zamówienia każdy Zamawiający bada niezależnie, na podstawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odrębnie dla każdego z postępowania, tj. na podstawie przedłożonych wymaganych dokumentów, a nie innych dostępnych informacji.
Zamawiający nie zgodził się również z argumentem Wykonawcy odnośnie potencjalnej możliwości wyeliminowania go z rynku przez otoczenie konkurencyjne, gdyby jego unikalna wiedza o konkretnym biznesie stała się publiczna i dostępna dla każdego. Zwrócił uwagę, iż informacje zawarte w Wyjaśnieniach nie zawierają unikalnej wiedzy o prowadzeniu biznesu.
Samo przekonanie Wykonawcy o posiadaniu przez zastrzeżone informacje wartości gospodarczej nie jest wystarczające. Wątpliwe jest, aby utajniony zakres, w przypadku odtajnienia mógł zachwiać pozycją rynkową Wykonawcy. Zawarte w Wyjaśnieniach informacje nie świadczą wprost o ich wartości gospodarczej.
Zamawiający zauważył, że Wykonawca, pomimo obszernej treści Wyjaśnień (po usunięciu wyroków KIO i cytatów z orzecznictwa, faktyczna treść sprowadza się do ogólnikowych stwierdzeń) nie wykazał, jaką zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą, czy też w jaki sposób, o ile w ogóle, wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym. Wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny.
Zamawiający odnosząc się do zakresu informacji zawartych w Wyjaśnieniach, w szczególności w Załącznikach zwrócił uwagę, że Wykonawca wskazał całość zawartych w nich informacji, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Natomiast zgodnie z orzecznictwem Wykonawca powinien zastrzec pojedyncze, konkretne dane, czy informacje z nich wynikające, a nie cały dokument.
Nadto Zamawiający wskazał, że:
- Wykonawca zaniechał wykazania, jakie konkretne walory mają informacje poufne zawarte w Wyjaśnieniach i dlaczego w stosunku do nich zasada jawności ma drugorzędne znaczenie.
- Wykonawca nie wskazał, które elementy tego dokumentu stanowią przejaw jego know-how, czy są jego innowacyjnymi rozwiązaniami technicznymi.
- Uzasadnienie Wykonawcy nie pozwala Zamawiającemu na ustalenie, czy pewna część (konkretne informacje) zastrzeżonego dokumentu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko Wykonawcy, iż upublicznienie treści wskazanego do realizacji Zamówienia narazi go na znaczną szkodę majątkową i zmniejszy jego przewagę konkurencyjną są gołosłowne.
- Wśród katalogu dokumentów, które podlegają wyjaśnieniu, czy uzupełnieniu na etapie prowadzonego postępowania ustawodawca nie przewidział takiego mechanizmu dla dokumentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza, to że nadał temu dokumentowi szczególny charakter niezmienności i kompletności jego zapisów oraz automatyzmu - Wykonawca przekazuje Zamawiającemu posiadane dowody potwierdzające wdrożenie odpowiednich działań, bez konieczności ich opracowania na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
- Wykonawca nie sprostał ustawowym wymaganiom i nie wykazał okoliczności z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.
Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie od wyżej wskazanej czynności Zamawiającego. W przekonaniu Odwołującego, dokonał on skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyszczególnionych dokumentów.
W argumentacji podniesionej w odwołaniu Odwołujący odniósł się do znaczenia, jakie dla obowiązków wykonawcy ma użycie przez ustawodawcę sformułowania „wykazać".
Odwołujący przytoczył słownikową definicję pojęcia „wykazać" co inaczej oznacza „uzewnętrznić coś", „ujawnić istnienie czegoś", „przedstawić coś w sposób przekonujący". Wydaje się zatem jak najbardziej zasadne postawienie znaku równości pomiędzy „wykazaniem" i „uprawdopodobnieniem". W opinii Odwołującego, z całą pewnością nie należy jednak zamiennie posługiwać się pojęciami „wykazać" i „udowodnić".
W ocenie Odwołującego, wykazał, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił rzeczowe okoliczności, które przemawiają za przyjęciem, że posiadają one dla niego wartość gospodarczą, w sposób możliwie jak najbardziej wyczerpujący wskazując ewentualne skutki ujawnienia informacji do publicznej wiadomości. Zaniechanie przedłożenie w tym przedmiocie bezpośrednich dowodów (dokumentów) wiązało się przy tym z faktem, że zjawiskiem powszechnym jest brak możliwości skwantyfikowania wartości gospodarczej.
Odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał, że działanie Zamawiającego może doprowadzić do pogorszenia jego przyszłej pozycji procesowej, pogorszenia kontaktów z kontrahentami czy utrudnienia zawarcia kolejnych ewentualnych ugód. Potencjalna strata Odwołującego nie dotyczy zatem żadnej materialnej wartości, a odnosi się do zdarzeń przyszłych, których zmaterializowanie się jest uzależnione od szeregu czynników zewnętrznych. Przedłożenie bezpośrednich dowodów, celem poparcia potencjalnej przyszłej straty wydaje się na obecnym etapie nie

tylko niezasadne, co wręcz niemożliwe.
Zdaniem Odwołującego, nie sposób zaakceptować stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym wykonawca zastrzegający tajemnicę w odniesieniu do poszczególnych dokumentów, powinien każdorazowo odnosić się do każdego z nich i przedstawiać indywidualne uzasadnienie dla wszystkich dokumentów. Motywacje dla zachowania w tajemnicy poszczególnych dokumentów mogą być wspólne dla kilku z nich, w takim przypadku za czynność zupełnie zbędną należałoby uznać powtarzanie tej samej argumentacji w opisie każdego zastrzeganego dokumentu.
Odwołujący stwierdził, że wbrew temu co utrzymuje Zamawiający, doprecyzował, jakie skutki może ze sobą nieść ujawnienie informacji, posiadających dla niego wartość gospodarczą w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że (mając na uwadze wypracowane *know-how* w toku postępowania spornego), wskazał, że dokonanie odtajnienia przedmiotowych informacji może negatywnie wpłynąć na pozycję konkurencyjną i reputację firmy Trakcja, a przede wszystkim upublicznienie tych informacji może mieć negatywny skutek w procesie ugodowego rozwiązania sporu w ramach poszczególnych inwestycji. Dalej podkreślono, że ujawnienie linii obrony oraz sposobu przygotowania argumentacji może skutkować całkowitą utratą przyjętego modelu działania w toku postępowania procesowego, które w toku lat działalności opracowała Trakcja.
Odwołujący wskazał także, że kategorie informacji, które zastrzegł Odwołujący, obejmują swoim zakresem wypracowany *know-how* modelu postępowania w przypadku zaistnienia sporu na linii Odwołujący - zamawiający, na co składa się m.in. cała strategia procesowa, tak obrana na etapie prowadzonej korespondencji z zamawiającym, na etapie postępowania sądowego oraz wreszcie na etapie zawarcia ugody. Takie rodzaje dokumentów (pisma kontraktowe) przedstawiają informacje newralgiczne i istotne z biznesowego punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej, a same w sobie opisują konkretne procedowane na bieżąco zdarzenia gospodarcze, które mają realny wpływ na status Odwołującego w przetargach publicznych. Każdy z wykonawców posługuje się własnymi, opracowanymi w toku wieloletniej działalności i będącymi pochodną posiadanego doświadczenia i zasobów merytorycznych, metodami realizacji inwestycji publicznych. Metody te (w szczególności dobór argumentacji związanej z dochodzeniem praw wynikających z kontraktów) niewątpliwie zasługują na ochronę. Tego typu informacje zawierają takie załączniki jak: 28-30, 34, 37-43, 48 (pozwy o zapłatę oraz pisma sądowe czy odpowiedzi na odstąpienie). Upublicznienie opisów realizacji poszczególnych kontraktów, a wraz z nimi odpowiednich dowodów w postaci pism kontraktowych, może negatywnie wpłynąć na prowadzenie przez Odwołującego działalności gospodarczej, a w konsekwencji może negatywnie wpłynąć na fakt podjęcia stosownych rozmów ugodowych z instytucjami zamawiającymi.
Odwołujący zwrócił także uwagę na ochronę wynikającą z dyspozycji art. 9 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Zgodnie z tym przepisem prawo do przeglądania akt sprawy (w tym do otrzymywania odpisów, kopii lub wyciągów z akt) przysługuje jedynie stronom i uczestnikom postępowania. Tym samym dostęp do akt sprawy ograniczony jest względem osób postronnych (a do takich zalicza się wszelkie osoby i podmioty niebędące stronami lub uczestnikami postępowania). Załączniki przedłożone wraz z Wyjaśnieniami stanowią dokumenty włączone do akt postępowań sądowych prowadzonych przez Odwołującego i jako takie zasługują na ochronę. Ochrona, o której mowa w art. 9 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego obejmuje nie tylko pozwy czy inne pisemne stanowiska procesowe, ale także załączniki do nich. Odtajnienie takich informacji zmniejszyłoby konkurencyjność Odwołującego w innych przetargach, bowiem otoczenie konkurencyjne z łatwością zapoznałoby się z wewnętrznymi dokumentami Odwołującego stanowiącymi omawiane pisma kontraktowe i procesowe. Ujawnienie informacji wynikających z zastrzeżonych dokumentów oznaczałoby udostępnienie konkurencji informacji o strategii gospodarczej Odwołującego i metodach prawnych reagowania na nieprawidłowe działania zamawiających.
Fundamentalny zakres dokumentacji zastrzeżonej przez Odwołującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią przy tym ugody sądowe oraz dokumentacja poprzedzająca jej finalne zawarcie.
Odwołujący podkreślił, że informacje wynikające z Wyjaśnień znane są tylko ograniczonemu kręgowi osób - pracownikom spółki, którzy odpowiedzialni są za przygotowanie kompleksowej oferty. Odwołujący wskazał przy tym, że dostęp do tych informacji posiada tylko wąska grupa pracowników Odwołującego (w tym zarząd spółki), co z kolei przekłada się na jednoznaczny wniosek, że informacje te nie są upublicznione. W tym kontekście, Odwołujący wykazał, że w stosunku do zastrzeganych informacji spełniła się druga z przesłanek definiujących tajemnicę przedsiębiorstwa - zastrzegane informacje nie są powszechnie znane zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.
Odwołujący wskazał, że stosuje rygorystyczne reguły wewnętrzne związane z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz z obrotem tymi informacjami. w strukturze wewnętrznej funkcjonują wewnętrzne procedury, które uniemożliwiają wypływ danych. Odwołujący wskazał przy tym, że w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, podjęto również fizyczne środki ochrony danych, m.in. właściwy obieg dokumentacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, a także stosowanie procedur zapewniających bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej

przedsiębiorstwa. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że u Odwołującego wprowadzone zostały mechanizmy ochrony informacji poufnych w postaci załącznika do Regulaminu Pracy, w którym szczegółowo dookreślono co Odwołujący rozumie poprzez tajemnicę służbową, jak również Odwołujący wykazał, że w umowach o pracę osób mających dostęp do zastrzeżonych informacji zawarto odpowiednią klauzulę dot. tajemnicy służbowej. Odwołujący wskazał także na klauzule w zakresie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach załączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Stosowanie przez Zdaniem Odwołującego dowodzi to dowodzi temu, że Odwołujący dba o to, by nawet w obrębie spółki nie wszystkie osoby miały dostęp do informacji, które przeważyć niejednokrotnie mogą na udziale Odwołującego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał także, że stałą praktyką Odwołującego (a przede wszystkim Lidera - wykonawcy Trakcja) jest przedkładanie wyjaśnień w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezwykle zbliżony do tego, który został zastosowany przez Odwołującego w postępowaniu.

Wyjaśnił, że od kilku lat stosuje tożsamy „system" przygotowania wyjaśnień w odpowiedzi na wezwania dot. przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jest powszechnie akceptowany przez największych zamawiających w Polsce. Jako przykład instytucji, które zaakceptowały niemalże identyczne wyjaśnienia jak te przedstawiane przez Odwołującego, są m. in. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad czy PKP PLK.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ocenie Izby podlega ocena prawidłowości decyzji Zamawiającego podjętej na podstawie złożonego przez Wykonawcę Trakcja S.A. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa; zbadanie, czy Wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to zawartość merytoryczna tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Zamawiającego Wykonawca w wyjaśnieniach użyłwyłącznie ogólnikowych stwierdzeń, bez wykazania rzeczywistej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przede wszystkim jednak nie wykazał, na czym konkretnie jego szkoda będzie polegała, jakie konsekwencje Wykonawca poniesie w przypadku ujawnienia zastrzeżonych dokumentów. Izba podziela powyższe stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał również wartości gospodarczej zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji.

Odwołujący w treści wyjaśnień użył stwierdzenia, że: „ujawnienie tych informacji może skutkować ewentualnymi negatywnymi konsekwencjami procesowymi dla Trakcji", co jest stwierdzeniem ogólnikowym i z całą pewnością nie może zostać uznane za wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Ponadto stwierdzenie takie wskazuje jedynie na ewentualne, a co za tym idzie takie, które nie musza wystąpić skutki dla Odwołującego, zupełnie nieokreślone. Odwołujący nie wykazał, w jaki konkretnie sposób ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji będzie mu zagrażało, jaką konkretnie poniesie szkodę w przypadku, gdy przedmiotowe informacje zostaną ujawnione do wiadomości publicznej.

Odwołujący wskazał również: „Jednocześnie zastrzeżone informacje znajdujące się w umowach najmu/dzierżawy oraz związane w związku z tym poniesione koszty, co przedstawiają faktury VAT zawierają dane istotnie wrażliwe dla Wykonawcy. Obrazują bowiem wielkość produkcji/sprzedaży danego podmiotu, co ujawnia jego możliwości finansowe. W postanowieniu z dnia 30 października 1996 r. Sąd Antymonopolowy uznał, że dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa." W tym miejscu należy wskazać, że Sąd Antymonopolowy stwierdził jedynie, co może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast Odwołujący powinien był wykazać, co rzeczywiście taką tajemnicę stanowi, nie zaś co nią może być i dlaczego. Nie można uznać, aby samo stwierdzenie: „faktury VAT zawierają dane istotnie wrażliwe dla Wykonawcy" mogło decydować o tym, że w sposób prawidłowy dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż jest to zdanie ogólnikowe, nie poparte żadna argumentacją w tym zakresie. Nie jest wykazaniem wartości gospodarczej przedstawienie ogólnych wyjaśnień, bez odniesienia się do konkretnej sytuacji Wykonawcy.

Istotą zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że chroni konkretne informacje w przedsiębiorstwie, nie zaś, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu, próba ukrycia informacji przed innymi wykonawcami w danym postępowaniu, w celu uniemożliwienia weryfikacji prawidłowości dokonania oceny spełnienia przesłanek wykluczenia z pozstępowania. Izba podziela stanowisko, że chęć ukrycia przed innymi wykonawcami działającymi na rynku problemów Odwołującego, jakie miały miejsce przy wykonywaniu innych zamówień, nie jest tym dobrem, które zasługiwałoby na ochronę, tj. ukrycie tych zdarzeń przed innymi uczestnikami rynku. Odwołujący w żaden konkretny sposób nie wykazał, jaką konkretnie wartość gospodarczą posiadają informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa - Wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa może być uznane za skuteczne tylko wtedy, gdy wykonawca wykaże w sposób precyzyjny i pełny, że zastrzegany dokument lub jego część spełnia wymagania ustawowe, a nadto, że jego ujawnienie

naraziłoby wykonawcę na szkodę mającą realną wartość gospodarczą.
Nie jest tak, jak argumentował Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron, że nie istnieje możliwość wykazania takiej wartości. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, istnieją możliwości wykazania wartości informacji, a także określenia i wyceny szkód, jakie nastąpią w przypadku ich utraty. Podobnie jak istnieją możliwości wyceny różnych innych wartości, tak materialnych, jak i niematerialnych oraz szkód, jakie można ponieść w wyniku ich utraty (wyceną zajmują się także różne instytucje finansowe czy ubezpieczeniowe). W niniejszym przypadku, gdyby rzeczywiście Odwołujący w swoim przedsiębiorstwie chronił i zabezpieczał te konkretne informacje, doskonale znana byłaby mu ich wartość i wymiar oraz zakres i wartość szkody, jaką może ponieść. Tymczasem Odwołujący dokonał zastrzeżenia wyłącznie na potrzeby procedury przetargowej, ad hoc, zatem nie dokonywał żadnego zabezpieczenia, czy wyceny tych informacji, które znajdują się w dokumentach, jakie objął tajemnicą przedsiębiorstwa.
Odwołujący stwierdził, że: „Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami na tożsamym rynku."
Ponownie należy zwrócić uwagę na ogólnikowy charakter wyjaśnienia Odwołującego. Tymczasem Odwołujący powinien był logicznie powiązać konkretną informację, która jest udostępniana, z wykazaniem jej wartości oraz szkody, jaką może ponieść w przypadku jej ujawnienia.
Brak jest również podstaw do tego, aby uznać zasadność stawianej w odwołaniu tezy, iż treści zawarte w odtajnionych załącznikach stanowią *know-how* Odwołującego. Oczywistym jest, że każdy podmiot opracowuje własną dokumentację w zakresie składanych wyjaśnień, pism procesowych, czy innych dokumentów. Odwołujący nie wykazał jednak ani ponadstandardowego charakteru takich pism, ani co więcej, nie złożył żadnego dowodu na okoliczność, że rzeczywiście jest to *know-how* Odwołującego, chronione przez niego w szczególny sposób. W ocenie Izby, Odwołujący przy pomocy gry słów stara się wywrzeć wrażenie, iż treść ww. dokumentów posiada dla niego określoną – istotną wartość gospodarczą.

Za chybiony należy uznać argument Odwołującego dotyczący ograniczonego dostępu do akt sądowych w toku postępowań prowadzonych przed sądem powszechnym, z którego miałaby wynikać poufność informacji.

Adresatem i odbiorcą dokumentów w postępowaniu prowadzonym przed sądem powszechnym jest rzeczywiście strona postępowania. Nie oznacza to jednak automatycznie, że dokumenty te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czym innym jest udostępnienie przez sąd dokumentów w postępowaniu sądowym, a czym innym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Dokument będący np. załącznikiem do pozwu nie staje się automatycznie dokumentem zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Okoliczność, że dostęp do akt sprawy w toku postępowania sądowego mają co do zasady wyłącznie strony, nie przesądza o konieczności utajnienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia dokumentów składanych przez strony w ramach postępowania sądowego (np. pozew, załączniki, odpowiedź na pozew). Co więcej, zgodnie z art. 148 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego, posiedzenia sądowe przed sądem powszechnym są co do zasady jawne. Zatem obecność na sali rozpraw nie jest ograniczona tylko dla stron i uczestników postępowania. Przedmiotem rozprawy sądowej są okoliczności, które są zawarte w dokumentach lub z nich wynikają. W trakcie jawnej rozprawy informacje zawarte w tych dokumentach mogą zostać upublicznione, a w konsekwencji mogą one zostać ujawnione osobom postronnym. Wyłączenie jawności następuje na wniosek strony postępowania. Zgodnie z art. 153 § 1^1 Kodeksu postepowania cywilnego, sąd na wniosek strony zarządza odbycie posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, gdy mogą być ujawnione okoliczności stanowiące tajemnicę jej przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wykazał natomiast, aby podjął chociażby próbę utajnienia rozprawy czy jej części lub składanych dokumentów.

Trafnie zauważył Zamawiający, że nie sposób przyjąć, iż Wykonawca w jakikolwiek sposób wykazał, że w postępowaniach arbitrażowych, których jest stroną, znajduje zastosowanie zasada poufności. Nie wskazano z jakiej daty, w jakim kształcie (tj. z jakimi ew. wyłączeniami i modyfikacjami) strony tego postępowania stosują regulamin SIDIR.

Odwołujący w treści wyjaśnień wskazał, że: „Zastrzeżone informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej, a Trakcja podjęła niezbędne działania w celu zachowania ich poufności (…)". Jak wyjaśnił Zamawiający, Odwołujący, jako spółka publiczna, jest podmiotem transparentnym w związku z obowiązującymi regulacjami – w tym Rozporządzeniem MAR, które reguluje kwestię publikacji raportów bieżących i okresowych, jak również informacji poufnych, zobowiązany jest publikować raporty (stosowanie do Rozporządzenia MAR). Skoro informacje, zastrzeżone w

niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, zostały upublicznione, to nie jest prawdą, aby informacje te nigdy nie podlegały ujawnieniu. Zasadne jest zatem zdanie Zamawiającego wyrażone w trakcie rozprawy z udziałem stron postępowania, że skoro Zamawiający był w stanie w prosty sposób ustalić, iż niektóre informacje są publicznie dostępne, to okoliczność ta wskazała na nierzetelne podejście Odwołującego do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a taką rzetelność i prawidłowość powinien był wykazać Odwołujący. Co więcej, skoro informacje zostały już ujawnione, to nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący z całą pewnością nie wykazał, aby podjął działania w celu zachowania ich poufności, a tym samym nie wykazał skuteczności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca powinien był wykazać, w jaki sposób chroni te konkretne informacje (tj. zastrzeżone w niniejszym postępowaniu jako tajemnica przedsiębiorstwa). Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach informacje dotyczące ogólnie stosowanych zabezpieczeń, jakim podlega jego firma, natomiast nie wykazał sposobu szczególnej ochrony tych konkretnych – zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu - informacji i dokumentów. Należy zauważyć, że zabezpieczenia, na które wskazuje Odwołujący, są obecnie powszechnie przyjmowanymi zabezpieczeniami. W zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący powinien był wykazać szczególną ochronę tych konkretnych dokumentów i informacji.

W konsekwencji należało stwierdzić, że czynność Zamawiającego polegająca na odtajnieniu wyjaśnień wraz z załącznikami zastrzeżonych przez Wykonawcę Trakcja S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest nieprawidłowa i nie narusza wskazanych przez Odwołującego przepisów prawa (tj. art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b),), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……..

……..