Sygn. akt: KIO 2379/23

WYROK
z dnia 30 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot
Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A., Kobylarnia S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż" z siedzibą w Skierniewicach w postępowaniu, w którym zamawiającym jest Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, a prowadzącym postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A., Kobylarnia S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż" z siedzibą w Skierniewicach i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A., Kobylarnia S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż" z siedzibą w Skierniewicach tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A., Kobylarnia S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż" z siedzibą w Skierniewicach na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) 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 2379/23

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, działając na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający" oraz „GDDKiA") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza - w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km" (Nr referencyjny: O.RZ.D-3.2410.8.2022, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 23 grudnia 2022 r. pod numerem: 2022/S 248-722672.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

10 sierpnia 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mirbud S.A., Kobylarnia S.A. oraz Prywatna Spółka Akcyjna „Zrzeszenie Budowlane Interbudmontaż" z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący" oraz „Konsorcjum Mirbud") wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętej w Postępowaniu, a polegającej na odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") oraz art. 16 ustawy Pzp, mające istotny wpływ na

wynik Postępowania, polegające na dowolnej, sprzecznej z logiką i doświadczeniem życiowym, ocenie przez Zamawiającego udzielonych, na jego wezwanie wyjaśnień Odwołującego dotyczących treści oferty oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji wyprowadzenie błędnych wniosków co do tego, że Konsorcjum Mirbud, po pierwsze, nie wykazało, że wyjaśnienia w zakresie zastrzeżonym (pismo z dnia 7 czerwca 2023 r. oraz pismo z dnia 23 czerwca 2023 r.) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą, po drugie, wyjaśnienia w zakresie zastrzeżonym (pismo z dnia 7 czerwca 2023 r. oraz pismo z dnia 23 czerwca 2023 r.) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy celem i przedmiotem udzielonych wyjaśnień było ujawnienie stanu gotowości Odwołującego do realizacji zamówienia oraz koncepcji Odwołującego realizacji zadania, która to koncepcja z racji formuły zamówienia jest koncepcją właściwą dla tego wykonawcy, tworzoną w oparciu o doświadczenie wykonawcy zdobyte przy tego rodzaju zamówieniach i dostosowaną do kosztów budowy tego wykonawcy, które to informacje dostarczają wiedzy na temat wykonawcy i jego działalności w ogólności, w tym oferowanych robót budowlanych, a konsekwencje ewentualnego ujawnienia tych informacji konkurentom i rynkowi zostały sprecyzowane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób konkretny, rzeczowy, zrozumiały i wystarczający dla uchwycenia wartości gospodarczej informacji przez profesjonalnego Zamawiającego, tym samym niewymagające dalszego dowodu;

2)art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu przez Zamawiającego, że informacja posiadająca wartość gospodarczą w rozumieniu wyżej wymienionego przepisu, to informacja o charakterze unikatowym, szczególnym, wyjątkowym (oryginalnym) i tym samym bezpodstawne zawężenie przez GDDKiA ochrony, której celem jest „zapobieganie i zwalczania nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej" przysługującej wykonawcy na mocy tej ustawy oraz ustawy Pzp, w sytuacji gdy przedmiotem konkurencji na rynku infrastruktury drogowej nie są tylko unikatowe, szczególne i wyjątkowe (oryginalne) metody działania, w szczególności przedmiotem konkurencji generalnych wykonawców realizujących drogi ekspresowe w formule zaprojektuj i wybuduj nie są tego rodzaju metody;

3)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez błędną wykładnię i uznanie przez Zamawiającego, że „wykazanie" przez wykonawcę, iż przekazane GDDKiA informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga przeprowadzenia pewnego dowodu, potwierdzającego związek przyczynowo – skutkowy między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą, jaką może ponieść wykonawca, w sytuacji gdy, ustawa Pzp nie nakłada na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego rygorów dowodowych tożsamych z dochodzeniem roszczeń przed sądem cywilnym, jednocześnie przesłanką utajnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zagrożenie powstania szkody w majątku wykonawcy tylko, zagrożenie konkurencyjności;

4)art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasady przejrzystości, mające istotny wpływ na wynik Postępowania, polegające na postępowaniu przez tego Zamawiającego wbrew przyjętej i utrwalonej praktyce tego Zamawiającego w innych postępowaniach na realizację drogi ekspresowej w formule „zaprojektuj i wybuduj" i wbrew praktyce rynku, w których to innych postępowaniach, w przypadku ujawniania przez wykonawców koncepcji przyjętej do oferty, w toku procedury wyjaśniającej treść oferty, pozostawała ona tajna w zakresie w jakim dotyczyła informacji niewynikających z przetargu i powszechnie obowiązującego prawa, w tym niejawne pozostawały rozwiązania projektowe, technologiczne i materiałowe, przy szczegółowości uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie takiej jak przedstawił to Odwołujący (w zaufaniu do GDDKiA) w niniejszej sprawie, bez innych dowodów wartości gospodarczej;

5)art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 16 ustawy Pzp, mające istotny wpływ na wynik Postępowania, polegające na dowolnej ocenie przez Zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załączników do tego uzasadnienia stanowiących dowody na potwierdzenie podejmowanych przez Odwołującego działań w celu ochrony poufności i w konsekwencji wyprowadzenie błędnych wniosków co do tego, że Konsorcjum Mirbud po pierwsze, nie wykazało, że załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa („dowody poufności") stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, po drugie, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym Postępowaniu informacji, w sytuacji gdy Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko w sposób konkretny, rzeczowy, zrozumiały i wystarczający dla uchwycenia wartości gospodarczej informacji przez profesjonalnego Zamawiającego opisał odpowiednie działania podjęte przez poszczególnych konsorcjantów w celu ochrony poufności informacji, ale również potwierdził te okolicznościami dowodami;

6)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, mające wpływ na wynik Postępowania, polegające na braku wezwania przez Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym Postępowaniu, w sytuacji gdy, wszyscy oferenci złożyli ogólne oświadczenie co do zgodności zaoferowanego świadczenia z

warunkami zamówienia, w konsekwencji doprowadzenie do tego, przy jednoczesnym rygoryzmie dowodowym prezentowanym przez GDDKiA w stosunku do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że tylko Odwołujący wyjaśniał i tylko jego sytuacja i koncepcja Konsorcjum Mirbud została ujawniona rynkowi, co uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie wszechstronnej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność odtajnienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania (nr 1 – nr 4 petitum odwołania) Konsorcjum Mibud podniosło, że czynność Zamawiającego odtajnienia wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r. oraz wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, przekazanych GDDKiA na wezwanie w toku wszczętej procedury w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp., naruszyła art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 16 ustawy Pzp, w sposób mający wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący wskazał, że wadliwość czynności Zamawiającego upatruje po pierwsze, w przyjęciu przez GDDKiA błędnych poglądów prawnych w przedmiocie wykładni art. 11 ust. 2 u.z.n.k., w zakresie rozumienia pojęcia wartości gospodarczej (informacja o charakterze unikatowym) oraz wykładni art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie rozumienia pojęcia wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa (dowód na związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy ujawnieniem informacji a szkodą w majątku wykonawcy). W ocenie Konsorcjum Mirbud Zamawiający nie dokonał wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego w szczególności, wyjaśnień treści oferty (wraz z załącznikami) Odwołującego, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (wraz z załącznikami), dokumentacji zamówienia i złożonych w przedmiotowym Postępowaniu ofert wykonawców i dowolnie, automatycznie rozstrzygnął o odtajnieniu wszystkich dokumentów Konsorcjum Mirbud. Odwołujący podkreślił, że – wbrew twierdzeniom GDDKiA – dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest nadmierne. Konsorcjum Mirbud utajniło wyjaśnienia treści oferty – częściowo – tylko w takim zakresie w jakim uzasadniają to przepisy prawa, a celem dokonanego zastrzeżenia jest tylko i wyłącznie ochrona słusznego interesu wykonawcy, jakim jest zachowanie konkurencyjności na rynku i wartości firmy. Odwołujący wskazał, że większość udzielonych odpowiedzi pozostała jawna. Konsorcjum Mirbud podniosło, że zastrzegło 11 odpowiedzi z 26 odpowiedzi udzielonych w ramach wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r. Natomiast w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2023 r. Odwołujący zastrzegł wyjaśnienia w zakresie w jakim dotyczył odpowiedzi zastrzeżonych na pierwsze wezwanie i stanowiły ich doprecyzowanie, w tym towarzyszące tym odpowiedziom rysunki.

Kolejno Konsorcjum Mirbud wskazało, że sporządzone przez nie pismo dotyczy tego postępowania, referuje do informacji przekazanych w toku prowadzonego postępowania, w tym poprzez odniesienie się konkretnie do kwestii wyjaśnianych, a wartość gospodarcza została ujęta w sposób opisowy poprzez odniesienie do realiów tego rodzaju postepowań, tego postępowania, zakresu prowadzonej procedury wyjaśniającej, czy rynku infrastruktury drogowej i przedmiotu konkurencji. Wszystkie te odniesienia mają charakter obiektywny i wiarygodny. Odwołujący podniósł, że tym samym – wbrew twierdzeniu GDDKiA – nie ograniczył się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie do deklaracji i ogólnych stwierdzeń, a Zamawiający w uzasadnieniu swej czynności zacytował wybiórczo i to nie niektóre tylko fragmenty uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy Konsorcjum Mirbud. Odwołujący podkreślił, że ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w danym postępowaniu nie może mieć charakteru wybiórczego i ograniczonego tylko do fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko winna być całościowa (kompleksowa), w oparciu o wszystkie przekazywane jednocześnie dokumenty i weryfikowana w kontekście całości dokumentacji zamówienia, złożonych ofert konkurentów i ich wyjaśnień, sytuacji rynkowej. Konsorcjum Mirbud wskazało, że nie zgadza się z rygoryzmem jaki prezentuje GDDKiA w tym postępowaniu, domagając się innych „dowodów (realnych i obiektywnych)" na wartość gospodarczą informacji zastrzeżonych w postępowaniu, od tego które zaoferował mu Odwołujący, czyli własnego oświadczenia wykonawcy o treści umożliwiającej weryfikację spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący zaznaczył, że zarówno w postępowaniu przed Zamawiającym, Krajową Izbą Odwoławczą czy ostatecznie sądem zamówień publicznych, wszystko może stanowić dowód. Dowodem tym jest również oświadczenia własne wykonawcy. Odwołujący podniósł, że oświadczenie wykonawcy w przedmiocie wartości informacji stanowi realny, obiektywny i bezpośredni dowód w tym przedmiocie, ponieważ to właśnie wykonawca jest bezpośrednim źródłem wiedzy na temat prowadzonej przez niego działalności, na temat, zakładanych sposobów realizacji tego rodzaju zamówień, budowania ceny w tego rodzaju zamówieniach. W ocenie Konsorcjum Mirbud oświadczenia wykonawcy są wystarczającym dowodem w szczególności w sytuacji gdy wykazuje okoliczności bezpośrednio go dotyczące. Odwołujący podniósł, że przedstawił szczegółowe uzasadnienie, w którym wskazano argumentację w sposób konkretny, rzeczowy, zrozumiały i wystarczający dla weryfikacji wartości gospodarczej przekazanych informacji przez profesjonalnego Zamawiającego. Konsorcjum Mirbud podkreśliło, że GDDKiA w uzasadnieniu czynności odtajnienia dokumentów Odwołującego nie wskazał, dlaczego za niewiarygodne uznał twierdzenie wykonawcy, że wartość przekazanych informacji wynika w pierwszej kolejności z okoliczności rynkowych (pkt 4 – 5 uzasadnienia), czyli specyfiki

zamówień na realizację drogi ekspresowej „w formule zaprojektuj i wybuduj", w których to zamówieniach wykonawcy konkurują własnymi koncepcjami realizacji zadania. Odwołujący zaznaczył, że skierowane do niego pytania, w toku wszczętej procedury wyjaśniania treści oferty, dotyczyły właśnie koncepcji wykonawcy przyjętej do oferty. Odwołujący podkreślił, że przedstawione przez niego argumenty w tym zakresie są logiczne i zgodne z doświadczeniem rynkowym. Ponadto Konsorcjum Mirbud wskazało, że Zamawiający w uzasadnieniu czynności odtajnienia dokumentów Odwołującego nie wskazał, dlaczego za niewiarygodne uznał twierdzenie wykonawcy, że koncepcje realizacji zamówień na projekt i budowę drogi ekspresowej w powtarzalnych przecież zamówieniach mają względnie trwały walor. Odwołujący podkreślił, że informacja o rozwiązaniach technicznych, technologicznych czy organizacyjnych w danych konkretnych zamówieniach, zawsze będą bowiem ujawniać trwały element działalności wykonawcy, czyli ujawniać potencjał wykonawcy i jednocześnie wskazywać ogólnie na rozwiązania możliwe do zrealizowania i opłacalne. Zdaniem Konsorcjum Mirbud „jednorazowość informacji" np. niemożliwość powielenia danego konkretnego rozwiązania projektowego w innych postępowaniach, nie oznacza automatycznie braku trwałego waloru wynikającego z tego rozwiązania, który to walor konkurencja może spożytkować. Odwołujący wskazał również, że całkowicie nie zgadza się z poglądem GDDKiA, że informacja posiadająca wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., to tylko informacje o charakterze unikatowym, szczególnym, wyjątkowym, którą Zamawiający rozumie jako oryginalność. Odwołujący zaznaczył, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił konkretną argumentację w tym zakresie, wskazując, że nawet jeżeli same rozwiązania techniczne, technologiczne czy organizacyjne są znane rynkowi, w tym sensie, że rozwiązania te nie stanowią novum na rynku to już informacja odnośnie tego, że dany wykonawca preferuje dane rozwiązania oraz sposób doboru danych rozwiązań technicznych, technologicznych i organizacyjnych w celu minimalizacji kosztów i maksymalizacji zysków, jednocześnie w celu złożenia najbardziej konkurencyjnej oferty jest właściwe już tylko danemu wykonawcy i nieznane szerszemu gronu. W ocenie Konsorcjum Mirbud uzasadnieniu temu nie można odmówić prawdziwości, ponieważ wykonawcy na rynku zamówień na projekt i budowę drogi ekspresowej nie konkurują produktami oryginalnymi. Ponadto Konsorcjum Mirbud podniosło, że GDDKiA w uzasadnieniu czynności odtajnienia dokumentów Odwołującego nie wskazał, dlaczego za niewiarygodne uznał twierdzenie wykonawcy, że wartość gospodarczą przekazanych informacji należy przede wszystkim rozpatrywać w kontekście, że stanowią one założenia i rozwiązania przyjęte do kalkulacji ceny oferty wykonawcy, a zatem obrazują one bezpośrednio lub pośrednio sposób kalkulacji ceny oferty. W ocenie Odwołującego to wniosek, że rozwiązania techniczne – technologiczne – organizacyjne stanowią element samodzielny, niezależny od ceny (kosztów budowy szacowanych przez danego wykonawcy) jest nielogiczny i sprzeczny z doświadczeniem życiowym. Konsorcjum Mirbud wskazało, że okolicznością niewymagającą szerszej argumentacji jest, to, że przedmiotem konkurencji na rynku jest cena, a przedmiotem konkurencji na rynku (zaprojektuj i wybuduj drogę ekspresową) jest pomysł na realizację wykonawcy wyrażający się w cenie. Nadto, Odwołujący podniósł, że GDDKiA całkowicie błędnie wywodzi, że „wykazanie" przez wykonawcę, iż przekazane Zamawiającemu informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga przeprowadzenia pewnego dowodu, potwierdzającego związek przyczynowo – skutkowy między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów/informacji a szkodą jaką może ponieść wykonawca.

Konsorcjum Mirbud wskazało również, że w niniejszym Postępowaniu, cel postępowania Zamawiającego został przez niego zdefiniowany w wezwaniu. Cel ten był szerszy niż tylko weryfikacja zgodności treści oferty z wymaganiami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU"). Gdyby było tak, że chodziło o potwierdzenie uwzględnienia wymagań opisanych przez GDDKiA, Zamawiający sformułowałby wszystkie pytania typu „czy wykonawca uwzględnił w ofercie wymóg opisany w PFU w pkt…", a nie domagał się informacji „w jaki sposób". W ocenie Odwołującego niewiarygodne są zatem twierdzenia Zamawiającego, że nie domagał się żadnej szerszej wiedzy w tym zakresie. Konsorcjum Mirbud podkreśliło, że skoro zatem Zamawiający wszedł w posiadanie informacji w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, których podania nie wymagał w ofercie i które nie dotyczą wymagań określonych przez GDDKiA, to ich ujawnienie innym, w żadnym razie nie będzie uzasadnione realizacją środków ochrony prawnej przez uczestników postępowania. Zdaniem Odwołującego informacje te powinny więc pozostać tajne nie tylko z powodu wypełnienia przesłanek z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, ale również dlatego, że informacje te wykraczają poza ramy weryfikacji zgodności oferty z SWZ (PFU), czyli ramy tego Postępowania. Ponadto Konsorcjum Mirbud wskazało, że ustawodawca wprost określił, że dane dotyczące rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do załączników do wyjaśnień w postaci rysunków technicznych, Odwołujący wskazał, że szczegółowe informacje zawarte w tych załącznikach stanowią spójną, logiczną i konsekwentną całość z informacjami zawartymi w treści pisma z dnia 7 czerwca 2023 r. oraz z dnia 23 czerwca 2023 r. i stanowią ich dalsze uszczegółowienie.

Co więcej, Konsorcjum Mirbud podniosło, że posiadanie przez Odwołującego know – how potwierdza jego

konkurencyjna oferta złożona w tym Postępowaniu oraz jego pozycja rynkowa w ogólności. Zarówno jedno jak i drugie stanowi wiedzę powszechną i wiedzę, którą GDDKiA posiada z urzędu, niewymagającą dowodu.

Dalej Odwołujący kategorycznie nie zgodził się z oceną Zamawiającego, że informacje przedstawione przez wykonawcę w ramach wyjaśnień treści oferty, są o „dużym stopniu ogólności". Konsorcjum Mirbud podkreśliło, że udzielone odpowiedzi referują do pytań sformułowanych przez GDDKiA. Jedne pytania są ogólne, inne szczegółowe, jeszcze inne otwarte, natomiast większość ma charakter zamknięty. Treść samych pytań wskazuje, że niemożliwy jest duży stopnień ogólności w udzielaniu odpowiedzi. Zamawiający pyta o szczegółowe założenia i w ramach udzielanych odpowiedzi Odwołujący wskazał konkretne dane. W tym kontekście Odwołujący zaznaczył, że GDDKiA pyta o określone elementy robót zadając kilka pytań – przechodząc od ogółu do szczegółu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 petitum odwołania Konsorcjum Mirbud wskazało, że kwestionuje prawidłowość dokonanej przez GDDKiA oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa również w stosunku do załączników do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego brak argumentacji w uzasadnieniu czynności odtajnienia co do załączników do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dowodzi, że postawione wnioski są całkowicie wadliwe i oderwane od realiów sprawy. Konsorcjum Mirbud podkreśliło, że Zamawiający dokonując odtajnienia wyjaśnień treści oferty bezrefleksyjnie dokonał odtajnienia również w tym zakresie, uznając automatyzm odnośnie załączników nr 2 – nr 7 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za uzasadnioną konsekwencję tej pierwszej czynności. W ocenie Odwołującego, spełnił on wymagania przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, co potwierdza treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że w punkcie III uzasadnienia pn. „Działania podjęte przez wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności" opisał działania podjęte przez wszystkich konsorcjantów w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, załączył na potwierdzenie tych działań dowody oraz wykazał wartość gospodarczą „dowodów poufności" przedstawiając oddzielne uzasadnienie w tym przedmiocie zarówno odnośnie wartości gospodarczej całokształtu informacji w zakresie bezpieczeństwa informacji, jak i poszczególnych dokumentów – listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji. Konsorcjum Mirbud podniosło, że dokumenty opisujące wewnętrzne procedury spółki stanowią organizacyjny know-how, nie są dostępne publicznie i Odwołujący podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Ich ujawnienie oznaczałoby udostępnienie konkurencji informacji o zasadach polityki bezpieczeństwa, co w ocenie Konsorcjum Mirbud, jest absolutnie niedopuszczalne. Ponadto – jak wskazał Odwołujący – stanowiłoby prostą instrukcję, jak zorganizować przedsiębiorstwo w sposób podnoszący jego wartość gospodarczą, poprzez wskazanie procedur, jak należy obchodzić się z informacją poufną.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 6 petitum odwołania Konsorcjum Mirbud podniosło, że naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, upatruje również w tym, że Zamawiający przedmiotem weryfikacji nie uczynił wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu, pomimo, że treść wszystkich ofert sprowadzała się do ogólnego oświadczenia potwierdzającego zgodność zaoferowanego świadczenia z warunkami zamówienia. Odwołujący podkreślił, że skoro GDDKiA miał wątpliwości, co do zgodności zaoferowanego przez Konsorcjum Mirbud świadczenia, a miał bo postępował w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp,, to takie same wątpliwości winien mieć w stosunku do pozostałych ofert. Zdaniem Odwołującego zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania pozostałych oferentów do wyjaśnień treści oferty, bezpośrednio przełożyło się na czynność oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Mirbud, doprowadzając do tego, że taka ocena GDDKiA nie mogła z zasady być wszechstronna.

W złożonej pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcy KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/Turcja(dalej: „KOLİN") z uwagi na to, że wykonawca ten zgłosił przystąpienie po upływie terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp „Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje". Należy wskazać, że stosownie do postanowień Rozdziału 14 pkt 14.2. SWZ w Postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami, w tym składanie ofert oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń odbywa się przy użyciu Platformy zakupowej. Natomiast za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przyjmuje się datę ich wczytania do wyżej wymienionej platformy. Mając na uwadze powyższe postanowienia, Izba – na podstawie dokumentacji Postępowania przekazanej przez GDDKiA, w szczególności dokumentu pn. „Pytania/Informacje do postępowania nr: O.RZ.D-3.2410.8.2022" – ustaliła, że Zamawiający przesłał wykonawcom uczestniczącym w Postępowaniu pismo z dnia 11 sierpnia 2023 r. tj. zawiadomienie o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania i stanowiącymi jego integralną cześć załącznikami, w dniu 11 sierpnia 2023 r. o godz. 13:33. Powyższa okoliczność została również potwierdzona przez GDDKiA na posiedzeniu niejawnym.

Tym samym Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2023 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę KOLİN zostało przekazane na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 sierpnia 2023 r. W treści zgłoszonego przystąpienia wykonawca KOLİN w uzasadnieniu terminu do wniesienia przystąpienia wskazał, że „(…) otrzymał kopię odwołania w dniu 14 sierpnia 2023 r. pobierając je z systemu internetowego Zamawiającego (…)". Zgłaszający przystąpienie przyznał zatem, że pobrał kopię odwołania z Platformy zakupowej dopiero w dniu 14 sierpnia 2023 r. nie kwestionując jednocześnie okoliczności, że faktycznie rzeczony dokument został mu przesłany na Platformie zakupowej w dniu 11 sierpnia 2023 r. Jest więc bezsporne, że Zamawiający przekazał wyżej wymienionemu wykonawcy kopię odwołania wraz z załącznikami tj. wczytał ją do Platformy zakupowej w dniu 11 sierpnia 2023 r. i ten dzień jednocześnie jest dniem otrzymania rzeczonych dokumentów (dniem wpływu). Jak wynika z treści przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, a więc w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał z końcem dnia 14 sierpnia 2023 r. W tym miejscu zasadnym jest podkreślenie, że termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, a zatem nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Liczy się bowiem data wniesienia przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej tj. data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma (zob. „Prawo zamówień publicznych" - komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 1338). Mając na uwadze powyższe należy wskazać, iż – wbrew twierdzeniom wykonawcy KOLİN – okoliczność przesłania przez GDDKiA wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu w dniu 16 sierpnia 2023 r. wyłącznie pisma informującego o popełnieniu omyłki we wskazaniu daty złożonego odwołania w przekazanym uprzednio zawiadomieniu o wniesionym odwołaniu z dnia 11 sierpnia 2023 r., ma charakter irrelewantny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Powyższe nie ma bowiem żadnego znaczenia dla obliczenia terminu na zgłoszenie przystąpienia. Należy ponownie podkreślić, że wykonawca KOLİN otrzymał odwołanie wraz z załącznikami już w dniu 11 sierpnia 2023 r., a zatem winien zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od tego dnia tj. maksymalnie do dnia 14 sierpnia 2023 r. Ze względu na powyższe koniecznym jest uznanie, że przystąpienie wykonawcy KOLİN do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne, gdyż zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

23 maja 2023 r. Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, poprzez udzielenie odpowiedzi na 26 pytań sformułowanych w wyżej wymienionym wezwaniu.

W dniu 7 czerwca 2023 r. Konsorcjum Mirbud udzieliło żądanych wyjaśnień, przy czym część z udzielonych odpowiedzi zastrzegło jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Z 26 odpowiedzi, Odwołujący zastrzegł odpowiedzi na następujące pytania: nr 2, nr 5, nr 6, nr 7, nr 8, nr 11, nr 12, nr 13, nr 17, nr 18, nr 21 oraz nr 26.

14 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie pytań nr: 3, 17, 18 i 26. W piśmie z dnia 23 czerwca 2023 r. Konsorcjum Mirbud zastrzegło, konsekwentnie, dalsze odpowiedzi na pytania nr: 17, 18 i 26, w tym – uzupełniające odpowiedź na pytanie nr 26 – rysunki techniczne.

Odwołujący wraz z wyjaśnieniami przekazał GDDKiA pismo z dnia 7 czerwca 2023 r. pn.„Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r." (dalej: „Uzasadnienie zastrzeżenia") wraz z dowodami odnoszącymi się do działań podjętych przez wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności. Konsorcjum Mirbud zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączniki nr 2 – nr 7 do wyżej wymienionego pisma.

Pismem z dnia 31 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż z dniem 11 sierpnia 2023 r. odtajni

dokumenty zastrzeżone przez Konsorcjum Mirbud jako tajemnica przedsiębiorstwa, przekazane GDDKiA na wezwanie w toku wszczętej procedury w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający odtajnił wszystko z zakresu zastrzeżonego przez Odwołującego, czyli zastrzeżoną część wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r. (odpowiedzi na pytania nr: 2, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13, 17, 18, 21 i 26), zastrzeżoną część wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. (dalsze odpowiedzi na pytania nr: 17, 18 i 26) wraz z rysunkami oraz zastrzeżone dowody załączone do pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r.”.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5”.

W myśl art. 11 ust. 2 u.z.n.k. „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania”, nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21, z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21, z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19 oraz KIO 2288/19, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, dalej: „k.p.c.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21).

Kolejno należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość

gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W szczególności należy podkreślić, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21). Znaczące jest także, że – jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 – wartość gospodarczą należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada.

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż Odwołujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przechodząc do poszczególnych informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności należy wskazać, że niezwykle istotna okoliczność dla rozstrzygnięcia poczynionego przez Izbę wynika z tego, iż wykazanie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem, a zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący powinien wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. najpóźniej w momencie złożenia wyjaśnień treści oferty. Tym samym uzupełnianie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o nową argumentację przedstawioną w odwołaniu oraz podczas rozprawy, a także w oparciu o przedłożone dowody z dokumentów należało uznać za spóźnione i z tych względów nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze powyższe skład orzekający dokonując oceny tego, czy w niniejszym Postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec odtajnienia przez GDDKiA informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Mirbud jako tajemnica przedsiębiorstwa, analizował treść pisma z dnia 7 czerwca

2023 r. pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r." oraz fragment na stronie drugiej pisma z dnia 23 czerwca 2023 r. rozpoczynający się słowami „ZASTRZEŻENIE w trybie art. 18 ust. 3 Pzp" i kończący zdaniem „Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa", na podstawie których Zamawiający badał zasadność i skuteczność zastrzeżenia poszczególnych informacji.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe, lakoniczne i nie odnosi się do każdej zastrzeganej informacji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, iż rzeczywiście ma ono charakter zwykłej sztampowej deklaracji, zapewnienia i prowadzi do stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Skład orzekający w pełni podziela stanowisko GDDKiA wyrażone zarówno w piśmie z dnia 31 lipca 2023 r., którym Zamawiający poinformował o zamiarze odtajnienia zastrzeżonych informacji z dniem 11 sierpnia 2023 r. jak i w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym pomimo to, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało podzielone na trzy rozdziały Odwołujący faktycznie nie wykazał zaistnienia wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przesłanek umożliwiających skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym Postępowaniu. Wszelkie twierdzenia Odwołującego w tym zakresie zostały bowiem oparte o stwierdzenia natury ogólnej dotyczące możliwości uzyskania hipotetycznej i bliżej nieokreślonej przewagi konkurencyjnej przez innych wykonawców po zapoznaniu się z treścią złożonych przez Konsorcjum Mirbud odpowiedzi. Odwołujący oświadczył w treści Uzasadnienia zastrzeżenia, iż zastrzeżone dokumenty zawierają informacje dotyczące planowanego sposobu wykonania zamówienia (indywidualne założenia technologiczno-organizacyjno-metodologiczne) oraz przyjętych rozwiązań projektowo-technicznych – w zakresie w jakim pozostawiono to swobodzie wykonawcy. Konsorcjum Mirbud wskazało, że „(…) są to informacje o różnym charakterze, w tym informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne. Wszystkie one mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie są przez Wykonawcę szczególnie chronione, zwłaszcza przed konkurentami (…)". Trafnie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący w sposób bardzo ogólny wyjaśnił w Uzasadnieniu zastrzeżenia w odniesieniu do informacji, których dotyczyły zadane przez GDDKiA pytania, że zakres tych prac może być zrealizowany „(…) jedynie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny (…)". Konsorcjum Mirbud nie wskazało jednocześnie w czym tenże know-how wykonawcy się wyraża, a także w jaki sposób rzeczywiście identyfikować można niekorzystne skutki związane z ujawnieniem tych informacji w kontekście oferowanych przez Odwołującego cen. Należy bowiem przyjąć, że samo stwierdzenie, iż dane informacje mają wartość indywidualną i autorską nie wystarczy aby uznać, że Odwołujący dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z przedstawionego przez Konsorcjum Mirbud Uzasadnienia zastrzeżenia z pewnością nie wynika jaką konkretnie wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje i jak ta okoliczność przekłada się na funkcjonowanie Odwołującego na rynku. Wymaga zauważenia, że to obowiązkiem wykonawcy jest – w zakresie opisanej metodologii przyjętych rozwiązań i założeń – wyjaśnienie jej obiektywnej wartości gospodarczej, wskazanie jej znaczenia z punktu widzenia prowadzonej działalności, ale nie poprzez wskazanie ogólnych szablonowych twierdzeń sprowadzających się de facto do stwierdzenia, że zastrzeżone informacje stanowią know-how wykonawcy. Tymczasem – jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 24/23 – subiektywne przekonanie wykonawcy, że dane informacje stanowią jego know-how, jest niewystarczające. Izba podziela w całości pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku, w którym Sąd Okręgowy stwierdził: „(…) samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Zwłaszcza, że wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą 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. 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. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej,

jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy; wówczas wykonawca 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 konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. 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 (…)". Podobnie wypowiedziała się również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym wskazano, co następuje: „(…) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (…)". Mając na względzie powyższe nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Konsorcjum Mirbud wyrażonym w odwołaniu, iż powoływanie się w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na autorski charakter ofert oraz swobodę w doborze rozwiązań, która jest istotą zamówień na projekt i budowę jest wystarczające do zidentyfikowania przedmiotu konkurencji i powyższe nie wymaga szerszej argumentacji w kontekście wykazania wartości gospodarczej przekazanych informacji.

Zauważenia wymaga, że w przeważającej części przedłożone Uzasadnienie zastrzeżenia – z uwagi na swój szablonowy charakter i lakoniczne stwierdzenia w nim zawarte – równie dobrze mogłoby mieć zastosowanie do każdego postępowania w formule zaprojektuj i wybuduj, w którym wykonawca w ramach procedury wyjaśnień treści złożonej oferty odpowiada na tzw. „pytania techniczne" zadane przez GDDKiA.Izba dostrzega, że wyjaśnienia składane w celu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą ujawniać informacji zastrzeganych nie mniej jednak nie wyklucza to możliwości opisu tego rodzaju informacji w warstwie ich istotności. „Pytania techniczne" służą weryfikacji czy dany wykonawca w ramach ceny oferty uwzględnił wszystkie niezbędne okoliczności oraz ryzyka uprawniające do stwierdzenia, że jego oferta pozostaje zgodna z SWZ, a sam wykonawca daje rękojmię należytego wykonania umowy. Mając na uwadze cel „pytań technicznych" zasadnym jest zatem przyjęcie, że samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które są niezbędne do zweryfikowania prawidłowości złożonej oferty, tym bardziej gdy – jak podniósł Zamawiający podczas rozprawy – na podstawie większości przekazanych informacji zostanie przygotowany projekt budowlany, który będzie dostępny dla wszystkich zainteresowanych w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 902, dalej: „u.d.i.p."). Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien więc liczyć się z tym, że jego oferta (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) co do zasady będzie jawna, w szczególności w zakresie, w jakim będzie podlegała ocenie co do zgodności z wymaganiami postawionymi przez GDDKiA w SWZ. W tym kontekście należy podkreślić, że szereg treści z odpowiedzi na pytania udzielonych przez Konsorcjum Mirbud stanowi parafrazę PFU bądź Koncepcji Programowej, co Zamawiający trafnie wykazał zarówno podczas rozprawy jak i piśmie pn. „Analiza wyjaśnień na pytania techniczne zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w kontekście wymagań zamawiającego". Jak podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jego celem pozostawała weryfikacja czy Konsorcjum Mirbud uwzględniło wszystkie wymagania SWZ składając ofertę w Postępowaniu. I tak np. pytanie w zakresie parametrów tunelu dotyczyło jego podstawowych parametrów, dla których w SWZ zostały określone minimalne wymagania. Odpowiedź udzielona przez wykonawcę służy więc do weryfikacji czy jego oferta spełnia również w tym zakresie wymagania SWZ. Ponadto – jak trafnie wskazał GDDKiA – analogicznie w przypadku pytania dotyczącego technik drążenia tunelu – dla firm wykonawczych specjalizujących się w takich robotach jest to powszechnie znana wiedza techniczna, tak więc każdy wykonawca mógł założyć, że zrealizuje tunel również metodą przyjętą przez Odwołującego (bądź inną, wskazaną w dokumentacji przetargowej). Powyższe obrazuje, że sam fakt, iż z oczywistych względów formuła zaprojektuj i wybuduj pozostawia wykonawcy swobodę projektową, co jest głównym argumentem

powoływanym przez Konsorcjum Mirbud w Uzasadnieniu zastrzeżenia, nie oznacza, że sposób skorzystania z tej swobody automatycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy zauważyć, że Odwołujący stwierdził w piśmie pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r.", że „(…) w postępowaniach o udzielenie zamówień w formule zaprojektuj i buduj drogę, stosuje podobne metody działania, które dostosowuje tylko to danego przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wypracowuje nowych metod, nowych rozwiązań każdorazowo na potrzeby danego zamówienia, również sposób budowania ceny oferty stanowi względnie trwały element stosowanej u wykonawcy polityki cenowej (…)". Słusznie podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że jeśli więc wykonawca w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosuje te same zasady czy założenia, to w oparciu o dotychczasowe zrealizowane jak i realizowane obecnie przez wykonawcę zadania, inni wykonawcy są w stanie poznać główne założenia przez niego stosowane. Tak więc w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że upublicznienie przez GDDKiA udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień (które zawierają tylko ogólne założenia) w ramach obecnego postępowania przetargowego wiąże się z ujawnieniem w jakimkolwiek zakresie know-how wykonawcy. Skoro bowiem w ramach wykonania dróg ekspresowych w formule zaprojektuj i wybuduj metody realizacji mają charakter standardowy, powszechnie znany i wielokrotnie przetestowany przez wykonawców działających w branży, to trudno mówić, by sposób realizacji zamówienia z wykorzystaniem takich metod stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa, tym bardziej, że Odwołujący nawet nie spróbował wyjaśnić w jaki sposób przyjęte przez niego rozwiązania dają mu przewagę nad innymi podmiotami. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum Mirbud zawartym w Uzasadnieniu zastrzeżenia, wykonawca nie wykazał, że stosowane przez niego założenia projektowe, w tym stosowane metody optymalizacji kosztowej nie są powszechnie znane specjalistom z tego zakresu, ponadto nie wykazał, że specjalistom tym nie jest powszechnie znany sposób doboru tych metod optymalizacyjnych. Odnosząc się w dalszej kolejności do treści pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r." zauważenia wymaga, że zdaniem Konsorcjum Mirbud zakres wezwań kierowanych przez GDDKiA przekracza to co wykonawca był obowiązany podać w ofercie, a więc „(…) Informacje te powinny zatem pozostać tajne nie tylko z powodu wypełnienia przesłanek z art. 18 ust. 3 Pzp, ale również dlatego, że informacje te wykraczają poza ramy weryfikacji zgodności oferty z SWZ (PFU), czyli ramy tego postępowania (…)". Mając na względzie powyższe należy podkreślić, że w rozpoznawanej sprawie przedmiotem badania nie jest to, czy Zamawiający mógł zadać przedmiotowe pytania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ale czy informacje udzielone w odpowiedzi przez Konsorcjum Mirbud stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nietrafne jest zatem twierdzenie Odwołującego, iż jeśli GDDKiA wszedł w posiadanie informacji w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, które – w ocenie wykonawcy – wykraczają poza ramy zgodności oferty z SWZ (PFU) to znaczy, że udzielone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Kwestia badania zasadności skierowania przez GDDKiA pytań do Konsorcjum Mirbud jest bowiem irrelewantna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Należy podkreślić, że jeśli Odwołujący nie zgadzał się z czynnością zadawania „pytań technicznych", to winien tę czynność zaskarżyć w terminie przewidzianym w ustawie Pzp. Tym samym istotne jest, że Odwołujący decydując się odpowiedzieć na zadane pytania wraz z przekazanymi wyjaśnieniami powinien wykazać, że informacje zawarte w udzielonych odpowiedziach i załącznikach w postaci rysunków stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak tego nie uczynił. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „(…) nawet w sytuacji, gdy określone informacje ze swej istoty czy charakteru mogą faktycznie posiadać pewną wartość gospodarczą, to nie uprawnia to ani Izby, ani zamawiającego do utajnienia tych informacji, w sytuacji gdy wykonawca nie wywiązał się z obowiązku wykazania poufnego charakteru danych informacji. To wykonawca jest dysponentem tych informacji i to na nim spoczywa ciężar wykazania konieczności udzielenia im ochrony. Zaniechanie udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, co do których nie wykazano, aby posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, nie sprzyja ani transparentności postępowania, ani zachowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (…)" (zob. m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 320/21).

Kolejno, nieprawdą jest również – jak stwierdziło Konsorcjum Mirbud w odwołaniu – że odniosło się do każdej z zastrzeganych informacji, wskazując na charakter wyjaśnianych kwestii oraz na jej znaczenie w kontekście budowania ceny oferty. Po przeanalizowaniu treści Uzasadnienia zastrzeżenia (pkt II lit. c) wynika, że Odwołujący nie odniósł się do wszystkich odpowiedzi na zadane pytania (pytania nr 17 i 18), z kolei uzasadnienie dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 1, która nie została utajniona przez wykonawcę. Dodatkowo, znamienne jest, że w przypadku odpowiedzi na pytanie nr 1 Konsorcjum Mirbud w treści Uzasadnienia zastrzeżenia przywołało takie same argumenty jak w przypadku pozostałych (utajnionych) odpowiedzi tj. iż „(…) zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny (…)". Powyższe obrazuje, że pismo pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r." zostało sporządzone w sposób nierzetelny i niewiarygodny. Gdy bowiem wykonawca kopiuje tożsame stwierdzenia w stosunku do różnego rodzaju informacji i część z nich zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a część nie, to nie sposób identyfikować je jako wiarygodne i uzasadniające ich utajnienie w drodze wyjątku od zasady

jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Już chciażby przywołane okoliczności wskazują, że brak jest możliwości uznania przekazanych informacji za skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania należy przyjąć, że Odwołujący nie wykazał szczegółowo przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, w tym przede wszystkim w zakresie wartości gospodarczej, a jedynie gołosłownie i zbiorczo zapewnił, że utajniane informacje taką wartość posiadają. Ponownie należy jednak podkreślić, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, a więc samo subiektywne przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia w tym zakresie. Ponadto odnosząc się do dowodów złożonych przez Odwołującego na okoliczność wykazania praktyki utajniania koncepcji wykonawców w ramach postępowania wyjaśniającego treści oferty Izba uznała je za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Słusznie podniósł Zamawiający na posiedzeniu niejawnym, że przedłożone dowody odnoszą się do innych Oddziałów GDDKiA – są to uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w większości sporządzone przez innych wykonawców w odmiennych postępowaniach. Dodatkowo, jedynie na marginesie, odnosząc się do powoływanych przez Konsorcjum Mirbud wyroków Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących kwestii zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji udzielonych w odpowiedziach na „pytania techniczne", skład orzekający wskazuje, że mają one charakter irrelewantny dla rozstrzygnięcia rozpoznawanej sprawy. Przytoczone wyroki zostały bowiem wydane w konkretnym stanie faktycznym, przy uwzględnieniu odmiennych okoliczności, argumentacji, a także w oparciu o inny materiał dowodowy.

Odnosząc się natomiast do załączników nr 2 – nr 7 do pisma pn. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik do wyjaśnień z dnia 7 czerwca 2023 r." Izba uznała, że Zamawiający słusznie stwierdził, że Konsorcjum Mirbud nie wykazało w zakresie rzeczonych dokumentów wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odnośnie listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji w toku przygotowania oferty Odwołujący w sposób niezwykle lakoniczny wskazał, że „(…) Wartość gospodarcza zespołu ofertowego jest źródłem wiedzy dla konkurencji odnośnie profesjonalistów, na których kompetencji polega Wykonawca. Informacja o tym, kto jest rzeczywistym profesjonalistą w danej branży nie jest ławo dostępna, a osoby zajmujące się pozyskiwaniem pracowników angażują sporo czasu i kosztów w celu weryfikacji kompetencji i ustalenia bazy danych, która następnie będzie mogła być wykorzystana w ramach potrzeby do pozyskania niezbędnego pracownika czy współpracownika. Konkurenci dysponując listą osób wykonawcy, szybko i bezkosztowo zyskają konkretne dane – odnośnie doświadczonych w branży kosztorysantów, z którymi warto podjąć współpracę , odnośnie doświadczonych w branży projektantów z którymi warto podjąć współpracę, odnośnie doświadczonych administratorów i prawników z którymi warto podjąć współpracę (…)". W kontekście informacji dotyczących listy osób przygotowujących ofertę Odwołującego w przedmiotowym przetargu zasadnym jest zatem wskazanie, że sama możliwość powzięcia wiedzy o osobach przygotowujących ofertę nie stanowi jeszcze przesłanki wystarczającej do utajnienia tej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 24/23 stwierdził bowiem, że informacje dotyczące zasobów ludzkich nie posiadają wartości gospodarczej. Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyżej wymienionego wyroku wskazał, że „(…) Wykonawca zasadności ochrony wyżej wymienionych informacji poszukiwał w zagrożeniu przejęcia poszczególnych osób przez konkurencję. Niemniej, ani w wyjaśnieniach, ani także na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący nie przywołał choćby jednego konkretnego przypadku, w którym do próby realizacji takich praktyk by doszło. Wszelkie zatem dywagacje skarżącego w tej kwestii pozostają gołosłowne. Sąd nie zaprzecza fluktuacji kadr, która jest zjawiskiem normalnym na rynku pracy. Jednakże zwrócić należy uwagę, iż na gruncie prawnym „podkupowanie pracowników" w pewnych szczególnych okolicznościach należy rozpatrywać jako czyn nieuczciwej konkurencji, który musi zostać udowodniony. Skarżący zaś takiemu ciężarowi dowodu nie sprostał. Ponadto interes wykonawcy w tym zakresie może zostać zabezpieczony w inny sposób, np. przez zawarcie z pracownikami stosownych umów, a nie zastrzeganie tego rodzaju informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (…)" (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 21 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 925/22 oraz z dnia 26 kwietnia 2021 roku o sygn. akt KIO 698/21). Ponadto, w zakresie „dowodów poufności" trafnie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że przedmiotowe załączniki zawierają standardowe zabezpieczenia stosowane przez różnego rodzaju podmioty w obrocie gospodarczym. Odwołujący nie wykazał np., że ich ujawnienie doprowadzi do obniżenia poziomu zabezpieczeń stosowanych w Konsorcjum Mirbud, a tym samym, że zastrzeżone dokumenty posiadają wartość gospodarczą.

Odnośnie zarzutu nr 6 petitum odwołania wskazać należy, że Odwołujący upatruje naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez brak wezwania przez GDDKiA do wyjaśnienia treści oferty wszystkich wykonawców, czym – w ocenie Konsorcjum Mirbud – Zamawiający pozbawił się wszechstronnego zbadania złożonego materiału. Zarzut ten nie potwierdził z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze – jak wskazał Zamawiający podczas rozprawy i wynika to również z przekazanej Izbie dokumentacji Postępowania – Odwołujący nie jest jedynym wykonawcą, którego GDDKiA wezwał do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Inny wykonawca biorący udział

w przedmiotowym Postępowaniu odpowiadając na tożsame „pytania techniczne" również zastrzegł przekazane informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający zdecydował o ich odtajnieniu. Tym samym GDDKiA w porównywalnych okolicznościach faktycznych potraktował wykonawców w sposób identyczny, a zatem już chociażby z tego powodu brak jest podstaw do przyznania racji Odwołującemu, że GDDKiA oceniając złożone przez Konsorcjum Mirbud uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa bezsprzecznie naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Po drugie, należy zauważyć, że niewykluczone jest, iż Zamawiający w ramach etapu badania i oceny ofert, wezwie również pozostałych wykonawców do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a więc – zważywszy na powyższe – podniesiony zarzut w tym kontekście należy uznać również za przedwczesny.

Biorąc pod uwagę przytoczone okoliczności faktyczne i prawne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:.....