

**WYROK**  
**z dnia 25 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2016 r. przez Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie

przy udziale Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego,

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Województwo Małopolskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 973 Borusowa – Tarnów: odc. Tarnów - Żabno - opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 040-064517 z dnia 26 lutego 2016 r.

W dniu 30 czerwca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

W dniu 11 czerwca 2016 r. Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem zaniechania odtajnienia wyjaśnień wybranego wykonawcy, Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 8 ust. 1-3 i art. 96 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odtajnienia ww. wyjaśnień.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzenia czynności badania ofert, w tym odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień Wykonawcy Skanska wraz z załącznikami z dnia 1 czerwca 2016 r., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 r.,
3. powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Skanska.

Po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący w dniu 4 lipca 2016 r. wystąpił do Zamawiającego o umożliwienie przedstawicielowi Odwołującego wglądu do jawnych dokumentów przetargowych (ofert, wezwań do wyjaśnień, wyjaśnień oferentów) i ich sfotografowania. W dniu 5 lipca 2016 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu swe pismo do Wykonawcy Skanska z dnia 25 maja 2016 r., znak: ZDW/PW/2016/3243/DN4KJ, oraz pismo Wykonawcy Skanska z dnia 30 maja 2016 r., znak: OBI-K/M/243/16.

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 25 maja 2016 r. wynikało, że cena oferty Wykonawcy Skanska wydała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym w pkt I pisma wezwał Wykonawcę Skanska do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Nadto pismo w pkt II zawierało wezwanie do złożenia wyjaśnień treści „Wykazu osób”. Pismo Wykonawcy Skanska z dnia 30 maja 2016 r. zawierało wyjaśnienia dotyczące pkt II wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy Skanska dotyczących ceny rażąco niskiej, uznając ją najwyraźniej za informacje niejawne.

W tej sytuacji Odwołujący, jeszcze w tymże dniu 5 lipca 2016 r., wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie do wglądu i sfotografowania przedstawicielowi Odwołującego wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Skanska w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz, jeżeli Wykonawca zastrzegł, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, o udostępnienie dokumentu lub fragmentu wyjaśnień, w których Wykonawca **wykazał**, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na to pismo Zamawiający w dniu 7 czerwca 2016 r. udostępnił do wglądu i sfotografowania część jawną pisma Wykonawcy Skanska z dnia 1 czerwca 2016 r., znak: OBI-K/M/251/16. **Zamawiający odmówił udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Wykonawcy Skanska dotyczących rażąco niskiej ceny oferty złożonych na wezwanie z dnia 25 maja 2016 r.**

[...]

**Odwołujący bardzo wyraźnie podkreśla, że w niniejszym odwołaniu nie stawia Zamawiającemu zarzutu niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę Skanska ani zarzutu nieodrzczenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i/lub art. 90 ust. 3 ustawy. W sytuacji, gdy Odwołujący nie zna treści złożonych wyjaśnień, nie może dokonać ich analizy i oceny, a tym samym nie może postawić zarzutów wskazanych wyżej.**

Przechodząc do zarzutów odwołania należy zauważyć, że przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 jawny jest protokół postępowania wraz z załącznikami, przy czym załącznikami są w szczególności oświadczenia, zawiadomienia, wnioski oraz inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców (art. 96 ust. 2). Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 96 ust. 3 zdanie drugie). Załącznikiem do protokołu przedmiotowego jest w szczególności wyjaśnienie Wykonawcy Skanska z dnia 1 czerwca 2016 r., a zatem dokument ten powinien być jawny i podlegać udostępnieniu po wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli z dniem 30 czerwca 2016 r. Jednak od naczelnej zasady jawności postępowania przepis art. 8 ust. 2 ustawy wprowadza wyjątek: możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie. Taki przypadek określony został w art. 8 ust. 3. Zgodnie z tym przepisem (zdanie pierwsze) *„Ile ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane **oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa**”*. Wytluszczony fragment przepisu został do niego dodany na mocy nowelizacji ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r., która weszła w życie w dniu 19 października 2014 r.

W postępowaniu wszczętym po tym dniu, jeżeli wykonawca zastrzegł, że pewne informacje nie mogą być ujawnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający nie bada zastrzeżonych informacji, lecz bada wyłącznie „wykazanie”, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy bada skuteczność ich zastrzeżenia. Jeżeli wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje takie nie podlegają ochronie i muszą być udostępnione każdemu, kto o nie wystąpi.

*Jest to stanowisko mocno ugruntowane w orzecznictwie Izby. Przykładowo, w wyroku z dnia 9 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 165/15) Izba stwierdziła: „W przypadku braku w ogóle takiego uzasadnienia (co do ofert i wniosków) - w ocenie Izby - Zamawiający posiada uprawnienie odtajnienia takich informacji bez negatywnych dla siebie konsekwencji z racji niewłaściwego zabezpieczenia określonych, wrażliwych dla wykonawcy informacji. (...) W*

ocenie Izby zasadnym jest także w konsekwencji przyjęcie założenia, że jeśli wykonawca zastrzega jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem Zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z analogicznymi skutkami, jak w przypadku braku takiego uzasadnienia co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści oferty, czy wniosku”. *W innym wyroku z dnia 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 279/15) czytamy: „W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. (...) Jeżeli wykonawca nie wykonał ciążących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji”.*

*Jeszcze dobitniej obowiązek zamawiającego wskazała Izba w innym wyroku z dnia 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 291/15): „Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”, czy też w wyroku dnia 3 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 561/15): „W konsekwencji poprzestanie przez wykonawcę na wskazaniu informacji niepodlegających ujawnieniu, przy braku jednoczesnego wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, powinno być poczytane przez zamawiającego jako nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający w takiej sytuacji ma obowiązek udostępnienia zainteresowanym tych informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp”.*

*W innym wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 34/16) Izba zauważyła: „Jak wynika z powołanego przepisu [art. 8 ust. 3 ustawy - przyp. Odwołującego] na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa”.*

Nie ulega więc żadnej wątpliwości, że to wykonawca, który zastrzega, że informacje nie mogą być udostępnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązany jest wykazać (udowodnić), że informacje te istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy

czym brak takiego wykazania (udowodnienia) obliuguje zamawiającego do udostępnienia zastrzeżonych informacji-

Informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Aby zatem skutecznie wykazać, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca obowiązany jest dowieść, że informacja ta spełnia łącznie trzy warunki:

1. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
2. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

*Podnosi się, w ślad za orzecznictwem sądów, iż mówiąc o wartości gospodarczej informacji wykonawca powinien wykazać, jaką może ponieść szkodę w wyniku ujawnienia informacji. Na ten element wyjaśnień wskazuje KIO przykładowo w wyroku z dnia 10 grudnia 2015 r. (sygn. akt KIO 2595/15): „ Warunkiem utrzymania poufności informacji przez zamawiającego jest również wykazanie przez wykonawcę, że dana informacja posiada określoną wartość gospodarczą. Wykonawca zobowiązany jest zatem dowieść, że zastrzeżone informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak też, że ich ujawnienie może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym tej szkody upatruje”.*

Analiza „**wykazania**”, że zastrzeżone przez Wykonawcę Skanska informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jednoznacznie pokazuje, że nie jest to wykazanie, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy. Innymi słowy, Wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

*W piśmie z dnia 1 czerwca 2016 r. Wykonawca Skanska oświadcza „ponadto, na podstawie art. 8 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzegamy treść **niniejszego pisma** wraz z wszystkimi załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.*

Już w tym miejscu należy zauważyć, że nie jest dopuszczalne zastrzeganie poszczególnych dokumentów, a tym bardziej całego pisma, lecz wyłącznie informacji w tych dokumentach zawartych. W wyroku z dnia 18 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1882/15, KIO

1900/15, KIO 1903/15) Izba podziela stanowisko, że „z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty (będące fizycznym nośnikiem informacji) lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach”. Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 12 lutego 2016 r. (sygn. akt KIO 93/16). Ma to istotne znaczenie, bowiem dokument podlega ujawnieniu nawet jeżeli jakaś informacja w nim zawarta podlega ochronie. Wówczas informacja taka może być zamazana (w dokumentach papierowych) lub usunięta (w dokumentach elektronicznych). Niezwykle rzadko zdarza się, by informacji wrażliwych było tak wiele, że praktycznie cały dokument będący ich nośnikiem podlegałby utajnieniu.

W dalszym ciągu Wykonawca Skanska wyraża przekonanie, że „powyższe zastrzeżenie spełnia przesłanki uznania objętych nim informacji za stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (...)”, po czym przytacza przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z komentarzem, co należy rozumieć przez informację, która nie może być ujawniona do wiadomości publicznej. Konkluzją powyższego jest najważniejsze w piśmie Wykonawcy stwierdzenie: „Zatem poprzez zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych związanych z przygotowaniem i treścią oferty **Wykonawca zapewnił poufność tych danych**”.

Zacytowane wyżej zdanie jednoznacznie wskazuje na cel zastrzeżenia informacji (danych związanych z przygotowaniem i treścią oferty). Jest nim utrudnienie weryfikacji prawidłowości owych danych przez innych Wykonawców, a nie ochrona tych danych. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne z punktu widzenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy. Zwróciła na to uwagę Izba w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 807/15): „Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych (a także wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny) wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty”.

Po drugie, Wykonawca Skanska wskazuje na dane związane z przygotowaniem i treścią oferty, podczas gdy wyjaśnienie dotyczyć miało (dotyczyło?), zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym szczegółowej kalkulacji zaoferowanej ceny wraz z dowodami. Być może jednak (Odwołujący nie ma takiej wiedzy) w wyjaśnieniu Wykonawca Skanska przedstawił dane związane z przygotowaniem i treścią oferty (w treści oferty były zawarte zaledwie dwie wartości, w załączniku nr 3.1) i one mają podlegać ochronie. Nie to wszak jest najważniejsze.

Oto bowiem Wykonawca Skanska jednoznacznie oświadcza, że **zastrzeżenie danych jako tajemnica przedsiębiorstwa zapewniło poufność tych danych**. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś tajemnicę przedsiębiorstwa (zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) stanowią informacje w szczególności nieujawnione do

wiadomości publicznej, czyli informacje poufne. Skorzystanie przez wykonawcę z możliwości zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może dotyczyć wyłącznie informacji, które **przed zastrzeżeniem były informacjami poufnymi**, a nie informacji, których **poufność zapewniło zastrzeżenie**. Jeżeli poufność informacji została zapewniona dopiero w wyniku zastrzeżenia (że nie mogą być udostępnione), to przed zastrzeżeniem informacjami poufnymi (nieujawnionymi do wiadomości publicznej) nie były, a to oznacza, że **nie są to informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa**. A skoro tak, to z jednej strony nie podlegają one zastrzeżeniu zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3, z drugiej zaś Wykonawca Skanska nie tyle, że nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz **wprost wykazał, że zastrzeżone informacje (dane) tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią**.

W tej sytuacji nie jest już istotna dalsza treść pisma Wykonawcy Skanska.

*Dla porządku należy jednak zauważyć, że wskazując, że informacje (dane) posiadają wartość gospodarczą, gdyż stanowią samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem, oraz, że „ekonomiczna wartość informacji wynika z faktu, że informacje te zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do kontrahentów, jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami”, Wykonawca Skanska nie przedstawił de facto żadnych argumentów wskazujących na tajemnicę przedsiębiorstwa.*

Argumenty te są bowiem enigmatyczne i lakoniczne. Wykonawca Skanska w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, nie przedstawił żadnych dowodów na powyższe okoliczności. Stwierdzenia powyższe mogłyby się stać elementem wyjaśnień każdego z wykonawców, mają bowiem *de facto* uniwersalny charakter. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że tego rodzaju informacje mają dla Wykonawcy Skanska taką wartość gospodarczą, że ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami i przynieść Wykonawcy jakąś wymierną szkodę.

*Jak stwierdza KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2786/15) „f)Ia uznania bowiem słuszności zastrzeżenia określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę. Wykonawcy winni wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody”.*



*Także dla porządku należy zauważyć, że Wykonawca Skanska wskazał, iż poufność informacji Jest ponadto chroniona w ramach ogólnego systemu ochrony danych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, składającego się z fizycznych środków ochrony danych, obejmujących m. in. dozór fizyczny, kontrolę dostępu do pomieszczeń i urządzeń elektronicznych, w których gromadzone są dane, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także składa się on z technologii informatycznych zapewniających bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz bezpieczeństwo danych przesyłanych za pośrednictwem Internetu”. I dalej: „Stosowany u Wykonawcy system ochrony danych obejmuje także środki prawne, m. in. informowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji poufnych i obowiązku nieujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa, funkcjonowanie wewnętrznych procedur regulujących dostęp do danych poufnych przez określone grupy pracowników, a także zamieszczanie oświadczenia o poufności dokumentów przesyłanych drogą elektroniczną”.*

Należy zauważyć, że Wykonawca Skanska nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie twierdził, że powyższe działania ochrony fizycznej podjęto względem informacji zastrzeganych w wyjaśnieniach dotyczących ceny rażąco niskiej. Nie złożono wykazu pracowników, którzy mieliby dostęp do tych informacji, nie wiadomo także, w jaki sposób Wykonawca zagwarantował, że pracownicy nie ujawnią tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił, ani nawet nie opisał, wewnętrznych procedur regulujących dostęp do danych poufnych. Nie przedstawił żadnego dowodu, że informacje zastrzeżone podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami.

Uzasadnienie utajnienia informacji jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Co istotne, uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem (por. wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 34/16).

Mając na uwadze, że „wykazanie”, to „udowodnienie”, a nie tylko „wyjaśnienie”, można co najwyżej przyjąć, że Wykonawca Skanska coś wyjaśnił, ale niczego nie wykazał.

[...]

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając, w myśl art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a według art. 8 ust. 2 zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Natomiast zgodnie z art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W wyjaśnieniach z dnia 1 czerwca 2016 r., których ujawnienia *in corpore* domaga się Odwołujący, znajdują się informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a Wykonawca Skanska S.A. zastrzegł i wykazał powyższą okoliczność w swoim piśmie.

Wskazane wyjaśnienia zawierają informacje na temat metod wyceny danego zakresu zamówienia oraz własnej metodologii w tym zakresie przyjętej przez Wykonawcę, i jako takie stanowią informacje organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające dlań znaczenie gospodarcze, które na dodatek nie są powszechnie udostępniane.

Wybrany Wykonawca wskazał w swoim piśmie z jakich względów podawane informacje związane ze sposobem przygotowania i wyceny oferty mają dlań znaczenie ekonomiczne - zawierają dane na temat jego aktywności gospodarczej, jak też stosowanych technologii i rozwiązań organizacyjnych. Wskazania tego typu pozwalają na materialną ocenę

ww. przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie charakteru informacji i ich znaczenia oraz możliwa jest w tym przypadku ocena wiarygodności tych wskazań.

Natomiast w zakresie przesłanki formalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności, należy stwierdzić, że okoliczności te zostały wykazane przy pomocy dowodów załączonych do wyjaśnień Skanska dotyczących polityki informacyjnej wykonawcy oraz organizacji przetwarzania informacji w firmie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).