

Sygn. akt: KIO 1460/17

WYROK
z dnia 28 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę **B. T. (Z.) P. sp. z o.o. w K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W.**

przy udziale wykonawcy **T. P. sp. z o.o. w W.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie wykonawcy T. P. sp. z o.o. w W. w zakresie dokumentów podwykonawców (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców oraz informacji z KRS oraz centralnej ewidencji działalności gospodarczej podwykonawców) za wyjątkiem informacji zastrzeżonych w innych dokumentach,**
2. **kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W. i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B. T. (Z.) P. sp. z o.o. w K. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W. na rzecz wykonawcy B. T. (Z.) P. sp. z o.o. w K. kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E. K-T (z wyłączeniem węzła w.) i systemu ERTMS/ETCS poziom 1 na linii C. Ł-Ł”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2016 r., nr ...

5 lipca 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę B. T. (Z.) P. sp. z o.o. w K., zwanego dalej „odwołującym”, o odtajnieniu części zastrzeżonych dokumentów znajdujących się w ofercie wykonawcy T. P. sp. z o.o. w W., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania czynności polegającej na odtajnieniu części oferty przystępującego w zakresie dokumentów podwykonawców (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców oraz odpisów aktualnych KRS oraz CEIDG podwykonawców) odwołujący wniósł 17 lipca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez jego nieprawidłowe zastosowanie i nieodtajnienie części oferty przystępującego - dokumentów podwykonawców, w sytuacji, gdy informacje zamieszczone w ofercie przystępującego - w dokumentach podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia części oferty przystępującego - dokumentów podwykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący w treści złożonej oferty zastrzegł jej poszczególne części jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia - załącznik nr 9;
- wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert - załącznik nr 12;
- dokumenty podwykonawców (jednolity dokument dotyczący każdego z podwykonawców oraz odpisy aktualne z KRS oraz CEIDG podwykonawców);
- jednolity dokument wykonawcy w zakresie w części II sekcja D, Części IV Sekcja C pkt. 10 w zakresie podwykonawstwa oraz w części IV sekcja C pkt 2 w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
- jednolity dokument podmiotu trzeciego w zakresie części IV sekcja C pkt 2 w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;

- zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia - załącznik nr 3 do IDW;
- rozbicie ceny ofertowej

Odwołujący podniósł, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa na stronach od 94 do 97 przedstawił swoje stanowisko dotyczące rzekomej prawidłowości zastrzeżenia części oferty (dokumentów podwykonawców) jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2017 roku (doręczonym na adres e-mail odwołującego w dniu 5 lipca 2017 roku) poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, o odtajnieniu części oferty przystępującego - rozbicie ceny ofertowej. Zamawiający zaniechał jednak odtajnienia zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów podwykonawców.

Zdaniem odwołującego informacje znajdujące się w dokumentach podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, przystępujący nie wykazał, aby ta część oferty mogła taką tajemnicę stanowić. Podkreślał, że fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wyjątek od omawianej zasady został określony w art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zasada jawności może doznawać ograniczenia jedynie w przypadku gdy:

- a) informacje znajdujące się w ofercie wykonawcy stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz
- b) wykonawca zastrzegł, nie później niż w terminie składania ofert, część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i wykazał, że informacje te taką tajemnicę stanowią.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie sprostął obowiązkowi określonymu w art. 8 ust. 3 Pzp. W pierwszej kolejności wskazywał, że informacje zastrzeżone przez przystępującego - dokumenty podwykonawców (jednolite dokumenty dotyczące każdego z podwykonawców oraz odpisy aktualne KRS oraz CEIDG podwykonawców) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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 związku z powyższym, aby uznać informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa muszą stanowić one:

- a) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą; oraz
- b) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania informacji jako poufnych.

W ocenie odwołującego, dokumenty podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Przystępujący w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że: „odtajnienie przedmiotowych informacji, ujawniłoby innym uczestnikom postępowania informacje, jakimi zasobami przystępujący nie dysponuje w sposób bezpośredni, tj. w zakresie jakich części zamówienia przystępujący zobligowany jest korzystać z podwykonawstwa. Takie informacje w warunkach przedmiotowego postępowania mogą umożliwić podmiotom konkurencyjnym w stosunku do przystępującego określenie jego strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej, jak również wskazać źródła zasobów (podwykonawców) na jakich opiera się przystępujący, co bezpośrednio przekłada się na materialne skutki wobec wykonawcy”.

Odwołujący wywiódł, że z powyższymi twierdzeniami nie sposób się zgodzić. Podkreślał, że odwołujący posiada wiedzę na temat podmiotów, z którymi współpracuje na stałe przystępujący. Odwołujący wie jaki zakres czynności w poszczególnych zamówieniach przystępujący powierza do wykonania podwykonawcom. Do takich czynności należą prace związane z projektowaniem, pracami instalacyjnymi, p.poż, DSAT czy teletechniką. Jednocześnie, w drodze zwykłego dostępu odwołujący uzyskał informację, że w ramach niniejszego postępowania podwykonawcami przystępującego będą np. D. S. sp. z o.o. oraz V. S. S. Sp. z o.o. Tym samym, nazwy podwykonawców nie stanowią żadnej informacji poufnej.

Odwołujący argumentował, że w związku z powyższym, za niesłuszne należy uznać także twierdzenia przystępującego odnoszące się do rzekomego negatywnego wpływu odtajnienia dokumentów podwykonawców na relacje z podwykonawcami. Na podstawie wcześniej realizowanych umów o zamówienie publiczne przez przystępującego, odwołujący potrafi określić krąg podwykonawców, z którymi współpracuje przystępujący. Odwołujący może w każdym momencie zwrócić się do dotychczasowych podwykonawców przystępującego w celu nawiązania współpracy. Stąd też same nazwy podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, za błędne należy uznać wnioskowanie przedstawione przez przystępującego, że na podstawie nazw podwykonawców możliwe jest określenie strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej. W celu uzyskania takich danych, konieczne jest uzyskanie dostępu także do ofert podwykonawców. Sam fakt uzyskania nazw podwykonawców nie daje możliwości poznania polityki cenowej przystępującego. Jednocześnie, samo stwierdzenie, że ze względu na specyfikę danego zamówienia, przystępujący korzysta z różnych podwykonawców, nie powoduje, że informacje o ich nazwach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż nie mają one charakteru technicznego, organizacyjnego, ani handlowego. Informacja o nazwach podwykonawców nie może być również uznana za informację posiadającą wartość gospodarczą. Ponadto, sam fakt poznania przez pozostałych wykonawców nazw podmiotów,

z którymi współpracuje przystępujący nie powoduje, aby odwołujący lub pozostali wykonawcy mogli uzyskać wiedzę posiadającą jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podkreślał, że podwykonawcy przystępującego działają na rynku, a często świadczą także usługi czy wykonują pracę na zlecenie innych wykonawców. Tym samym, same nazwy podwykonawców nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego. Dopiero uzyskanie dalszych informacji o warunkach współpracy przystępującego z podwykonawcami może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wywiódł, że nazwy podwykonawców, z którymi współpracuje przystępujący na aktualnie realizowanych projektach, nie stanowiły dotychczas jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Do jawnych należy zaliczyć informacje dotyczące podmiotów, które wspólnie z przystępującym, na zasadzie podwykonawstwa, realizowały lub realizują poszczególne zamówienia. Tym samym należy uznać, że przystępujący już wcześniej przedstawił uczestnikom rynku podmioty, z którymi współpracuje, a traktowanie ich teraz jako informacje poufne jest całkowicie nieuzasadnione. W drodze zwykłego dostępu możliwe jest uzyskanie informacji na temat podwykonawców, którzy realizowali lub realizują dla przystępującego poszczególne inwestycje, gdyż były to inwestycje wykonywane dla podmiotów publicznych. Każda osoba może się zwrócić w drodze dostępu do informacji publicznej do zamawiającego celem uzyskania informacji o nazwach podwykonawców realizujących dany zakres zadania. W związku z powyższym, należy wskazać, że przystępujący, już w toku realizacji poprzednich zamówień, ujawnił informacje o nazwach podwykonawców, z którymi współpracuje. W dalszej kolejności, przystępujący nie podjął żadnych środków mających na celu utrzymanie informacji na temat dotychczasowych podwykonawców jako informacji poufnych.

Mając na względzie powyższe, wskazywał, że informacje dotyczące nazw podmiotów będących podwykonawcami przystępującego nie są tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Jednocześnie odwołujący podnosił, że przystępujący nie sprostął obowiązkowi prawidłowego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z przywołanym wcześniej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp wykonawca celem prawidłowego zastrzeżenia informacji w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest, najpóźniej w terminie składania ofert, wykazać, że te informacje taką tajemnicę stanowią. W ocenie odwołującego, przystępujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje o podwykonawcach stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący nie powołał żadnych dowodów potwierdzających, że przedmiotowe informacje o podwykonawcach zamieszczone w JEDZ stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie na ogólnikowe informacje w zakresie rzekomo podjętych kroków mających na celu zachowanie informacji zamieszczonych w dokumentach podwykonawców

(jednolitych dokumentach dotyczących każdego z podwykonawców oraz odpisach aktualnych KRS oraz CEIDG podwykonawców) jako poufnych. W uzasadnieniu zastrzeżenia dokumentów podwykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący wskazał, że *informacje umożliwiające określenie tych podmiotów oraz części zamówienia, którą Wykonawca zamierza zlecić do wykonania podwykonawcom stanowią informacje szczególnie istotne dla Wykonawcy i chronione. Ponadto, z tych informacji utajnionych wynikają podstawowe informacje co do działań związanych ze strategią Wykonawcy przyjętą w związku z udziałem w toczącym się postępowaniu.*

Zdaniem odwołującego powyższe twierdzenia nie zostały w żaden sposób wykazane. Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu ani nie złożył żadnego dokumentu potwierdzającego, aby dokumenty podwykonawców były chronione. Podobnie, w dalszej części uzasadnienia zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący oświadczył, że:

Treść informacji dotyczących podwykonawców zamówienia oraz części zamówienia, które Wykonawca zamierza zlecić do wykonania w ramach podwykonawstwa jest też przedmiotem zobowiązania do zachowania poufności pomiędzy Wykonawcą, a podwykonawcami.

Wykonawca co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Informacje te są przechowywane zgodnie z wewnętrznymi procedurami zapewniającymi ich właściwą i skuteczną ochroną, tj. z zastosowaniem stosownych zabezpieczeń. Jedyne nieliczni, upoważnieni do tego pracownicy (zarząd, osoby bezpośrednio przygotowujące ofertę) mają wgląd do tych informacji. Nadto, osoby te zostały poinformowane o poufności tych informacji i zobowiązały się do zachowania ich poufności. Pliki te przesyłane są drogą elektroniczną w formie zaszyfrowanej. Dostęp do kont e-mail i komputerów pracowników, którym pliki te udostępniono, zabezpieczony jest hasłem. W konsekwencji uznać należy, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tych informacji.

Podkreślał, że przystępujący w żaden sposób nie wykazał, aby rzeczywiście wyżej opisane działania zostały podjęte. W związku z powyższym, należy uznać, że przystępujący nie wykazał w terminie składania ofert, aby rzeczywiście zastrzeżone dokumenty podwykonawców stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Z kolei, zamawiający oparł się o niczym nieudowodnione twierdzenia wykonawcy przy badaniu prawidłowości zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślał, że nawet jeśli pewne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (co nie ma miejsca w ramach dokumentów podwykonawcy), to celem prawidłowej jej ochrony, wykonawca zobowiązany jest zastrzec te informacje w terminie składania ofert oraz wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę. Zatem, nawet jeśli w ocenie zamawiającego pewne informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale nie zostały prawidłowo zastrzeżone zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, podlegają one ujawnieniu.

Odwołujący powołał się także na kwestię ujawnienia przez przystępującego danych dotyczących jednego z podwykonawców. Zgodnie z ofertą (załącznikiem nr 3 do IDW) - zobowiązaniem podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia podwykonawcą przystępującego przy realizacji zamówienia ma być spółka T. A. G. Tym samym, przystępujący w sposób wewnętrznie sprzeczny uznaje, że niektóre podmioty mające realizować zamówienie jako podwykonawca są objęte tajemnicą, a inne już nie. Mając powyższe na uwadze dokumenty podwykonawców (jednolite dokumenty dotyczące każdego z podwykonawców oraz odpisy aktualne KRS oraz CEIDG podwykonawców) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, gdyż nie zostały spełnione żadne okoliczności określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto przystępujący w złożonym wraz z ofertą uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał, aby dokumenty podwykonawcy taką tajemnicę stanowiły. Tym samym, przystępujący nieprawidłowo dokonał zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca T. P. sp. z o.o. w W. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez przystępującego, opinię w sprawie zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zawiadomienie zamawiającego datowane na 4 lipca 2017 r o odtajnieniu części oferty przystępującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę T. P. sp. z o.o. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający zdecydował się nie odtajnić części oferty przystępującego. Odwołujący domagał się odtajnienia tej części oferty twierdząc, że nie wykazano iż zawiera ona tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odtajnienia części oferty przystępującego prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności. Natomiast szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp może wyrażać się w uszczerbku, jakiego może doznać w wyniku braku możliwości zapoznania się z dokumentami jego konkurenta. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E. K. – T. (z wyłączeniem węzła warszawskiego) i systemu ERTMS/ETCS poziom 1 na linii C. Ł. – Ł.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący.

Ustalono również, że przystępujący oświadczył, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej m.in. jednolite dokumenty dotyczące podwykonawców, a także informacje z KRS i ceidg dotyczące tych podwykonawców.

Na str. 89 i następnie zawarł uzasadnienie zastrzeżenia m.in. ww. dokumentów jako tajemnica przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu wskazał m.in. że *wykaże, że każda z informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa posiada wartość gospodarczą oraz wykaże, za pomocą stosownych dokumentów wewnętrznych, iż realnie podjął kroki w celu zachowania poufności informacji. Co zostanie także wskazane dalej, żadna z opisanych informacji nie została ujawniona do publicznej wiadomości.*

Przystępujący uzasadniał, że stosownie do warunków IDW, Wykonawca zobowiązany jest wskazać swoich planowanych podwykonawców, jednocześnie wskazując część (procentową) zamówienia, którą zamierza zlecić poszczególnym podmiotom. Informacje te posiadają realną wartość gospodarczą dla Wykonawcy, bowiem z tych informacji podmioty konkurencyjne dla Wykonawcy, od lat działające na rynku urzędów srk, mogą odczytać szczegółowe informacje w zakresie układu handlowego, a nawet struktury kosztowej Wykonawcy. Odtajnienie przedmiotowych informacji, ujawniałoby innym uczestnikom postępowania informacje, jakimi zasobami Wykonawca nie dysponuje w sposób bezpośredni, tj. w zakresie jakich części zamówienia Wykonawca zobligowany jest korzystać z podwykonawstwa oraz z jakimi podwykonawcami współpracuje. Takie informacje w warunkach przedmiotowego postępowania mogą umożliwić podmiotom konkurencyjnym w stosunku do Wykonawcy określenie jego strategii handlowej, a także elementów polityki cenowej, jak również wskazać na źródła zasobów (podwykonawców) na jakich opiera się Wykonawca, co bezpośrednio przekłada się na materialne skutki wobec Wykonawcy. Informacje umożliwiające określenie tych podmiotów oraz części zamówienia, którą Wykonawca zamierza zlecić do wykonania podwykonawcom stanowią informacje szczególnie istotne dla Wykonawcy i chronione. Ponadto, z tych informacji utajnionych wynikają podstawowe informacje co do działań związanych ze strategią Wykonawcy przyjętą w związku z udziałem w toczącym się postępowaniu.

Informacje te stanowią informacje organizacyjne, oraz stanowią informacje posiadające dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Odtajnienie przez Zamawiającego tych informacji może mieć tożsame negatywne konsekwencje dla Wykonawcy oraz dla podmiotów, które zgodziły się na uczestniczenie jako podwykonawcy przy realizacji zamówienia. Podanie do publicznej wiadomości zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom Wykonawcy i naruszyć relacje konkurencyjne. Może także prowadzić do uzyskania przez konkurentów Wykonawcy wiedzy, która może być potencjalnie wykorzystywana do podejmowania prób współpracy z podwykonawcami, z którymi Wykonawca pozostaje w relacjach, a które to próby - w przypadku ich powodzenia skutkowałyby trudnymi do oszacowania konsekwencjami finansowymi.

Treść informacji dotyczących podwykonawców zamówienia oraz części zamówienia, które Wykonawca zamierza zlecić do wykonania w ramach podwykonawstwa jest też przedmiotem zobowiązania do zachowania poufności pomiędzy Wykonawcą, a podwykonawcami. Złożone relacje biznesowe, w tym dobór podwykonawców, ma ścisły związek z przedmiotowym postępowaniem. Dobór partnerów - podwykonawców - dysponujących odpowiednią wiedzą i doświadczeniem ma szczególnie istotny charakter i został przeprowadzony w związku z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego.

Fakt nawiązania współpracy pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami nie jest informacją powszechnie dostępną. Dane te nie są ujawnione do publicznej wiadomości - nie są publicznie dostępne, zwłaszcza na stronach internetowych lub z innych źródeł.

Wykonawca co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność. Informacje te są przechowywane zgodnie z wewnętrznymi procedurami zapewniającymi ich właściwą i skuteczną ochroną, tj. z zastosowaniem stosownych zabezpieczeń. Jedynie nieliczni, upoważnieni do tego pracownicy (zarząd, osoby bezpośrednio przygotowujące ofertę) mają wgląd do tych informacji. Nadto, osoby te zostały poinformowane o poufności tych informacji i zobowiązały się do zachowania ich poufności. Pliki te przesyłane są drogą elektroniczną w formie zaszyfrowanej. Dostęp do kont e-mail i komputerów pracowników, którym pliki te udostępniono, zabezpieczony jest hasłem. W konsekwencji uznać należy, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tych informacji.

Ponadto, Wykonawca oświadcza, iż posiada wewnętrzne regulacje, przedstawiające politykę Wykonawcy w zakresie zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zobowiązujące pracowników Wykonawcy do ich zachowania.

Biorąc pod uwagę powyższe informacje dotyczące podwykonawstwa (podmiotów, które będą świadczyć podwykonawstwo w ramach realizacji zamówienia oraz dane co do części zamówienia, które zostaną wykonane przy udziale podwykonawców) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tych względów zastrzeżono poufność dokumentów wskazujących podwykonawców: Jednolite Dokumenty Podwykonawców oraz odpisy aktualne z KRS oraz CEIDG podwykonawców, (...).

Z ostrożności dodać należy, że chociaż odpis z KRS lub CEIDG przedsiębiorcy jest co do zasady dokumentem jawnym, to jednak w kontekście tych szczególnych okoliczności, zastrzeżenie odpisów KRS oraz CEIDG podwykonawców jest konieczne, albowiem kontekst złożenia tych dokumentów oczywiście prowadziłby do ujawnienia informacji na temat podwykonawców Wykonawcy, którzy będą współpracować z nim przy realizacji zamówienia. Jeśli celem wykonawcy jest skuteczne zastrzeżenie nazw (firm) podwykonawców to konieczne jest, w tych okolicznościach, również dokonanie zastrzeżenia poufności odpisów z KRS oraz CEIDG dotyczących tych podmiotów. Należy także podkreślić, że odpis z KRS jest jedynie dokumentem wtórnym wobec JEDZ składanych przez podwykonawców. Oznacza to, że przyjęcie, iż dopuszczalne jest zastrzeżenie nazw podwykonawców w JEDZ, automatycznie winno implikować zastrzeżenie dokumentów KRS, bowiem z KRS wynika nazwa podwykonawców (tzn. zastrzeżenie JEDZ w zakresie nazw podwykonawców automatycznie winno wiązać się z zastrzeżeniem KRS w tym zakresie). Odmienne przyjęcie tj. zastrzeżenie JEDZ, przy jednoczesnym ewentualnym odtajnieniu KRS mija się z celem. (...).

Jednocześnie Wykonawca oświadcza, że informacje, o których mowa powyżej, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, nie są one dostępne z innych źródeł, jak np. publicznie dostępne rejestry czy strony internetowe i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Do informacji tych brak jest dostępu w zwykłej drodze. Wskutek wdrożonych u Wykonawcy obostrzeń dotyczących obiegu dokumentacji zawierającej informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, dostęp do niniejszych informacji (rozbicie ceny ofertowej), ma ściśle ograniczony krąg osób (które obowiązują ściśle określone wytyczne związane z postępowaniem z tymi informacjami, m.in. określające sposób przechowywania informacji), zobowiązanych jednocześnie do zachowania poufności i zobowiązanych do zachowania szczegółowych wytycznych w zakresie związanym m.in. z przechowywaniem tych danych w ściśle określony sposób. Pliki te przesyłane są drogą elektroniczną w formie zaszyfrowanej. Dostęp do kont e-mail i komputerów pracowników, którym pliki te udostępniono, zabezpieczony jest hasłem. W konsekwencji uznać należy, że Wykonawca ściśle kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tych informacji.

W celu wykazania wyżej przytoczonych czynności obligujących pracowników Wykonawcy do zachowania poufności, Wykonawca oświadcza, iż posiada wdrożone wewnętrzne regulacje zobowiązujące pracowników Wykonawcy do zachowania poufności.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2017 r., przesłanym odwołującemu 5 lipca 2017 r., poinformował odwołującego, że na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp informuje o odtajnieniu oferty przystępującego zastrzeżonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa” w części RCO (Rozbicie Ceny Ofertowej). W pozostałej części (w tym co do dokumentów podwykonawców) zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego za skuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *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.* Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”*

Jak wynika z powołanego przepisu 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. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do

przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (*S. Sołtysiński w: Komentarz do art. 11 ZNKU, w: Komentarz ZNKU pod red. J. Swaji, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5*). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (*E. Wojcieszko-Głuszko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5*). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że *ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne*. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 4 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że

nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący domagał się odtajnienia jedynie dokumentów jednolitych podwykonawców i informacji z KRS oraz informacji z ceidg dotyczących tych podmiotów, chcąc poznać nazwy podwykonawców przystępującego.

Za bezzasadne uznano wywody zamawiającego i przystępującego do podobieństwa sytuacji odwołującego i przystępującego. Po pierwsze, skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie odwołującego nie mogła być przedmiotem analizy Izby w tej sprawie (art. 192 ust. 7 Pzp). Jedynie na marginesie należało wskazać, w przeciwieństwie do przystępującego odwołujący nie zastrzegł jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa jednolitych dokumentów a także informacji z KRS i ceidg swych podwykonawców. Ponadto ewentualnie pewna zbieżność argumentacji odwołującego i przystępującego co do przyczyn utajnienia innych dokumentów nie oznaczała jeszcze sama przez się, że decyzja zamawiającego o nieodtajnieniu nazw podwykonawców przystępującego jest prawidłowa. Może się również okazać, że także odwołujący nieprawidłowo zastrzegł informacje w swej ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednak nie podlega ocenie Izby w tej sprawie.

Należało przyznać rację odwołującemu, który podniósł, że przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych nazw podwykonawców. Twierdzenia przystępującego w tym zakresie, zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, pozostawały nad wyraz ogólnikowe, pozbawione jakichkolwiek konkretów, możliwe do sporządzenia w każdym postępowaniu. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia można było równie dobrze złożyć w każdym postępowaniu na niemal dowolny przedmiot zamówienia.

Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób jego konkurenci, po ujawnieniu jedynie nazw podwykonawców mogą powziąć wiedzę na temat układu handlowego, a nawet struktury kosztowej wykonawcy. Nie podał o jakie informacje w zakresie układu handlowego ani o jaką strukturę kosztową chodzi. Aby to poznać, konieczny byłby dostęp do ofert tych podwykonawców, ale odwołujący nie domagał się ujawnienia takich informacji.

W dalszej części swych wyjaśnień przystępujący w sposób ogólny oświadczał, że *odtajnienie przedmiotowych informacji ujawniłoby innym uczestnikom postępowania informacje, jakimi zasobami Wykonawca nie dysponuje w sposób bezpośredni, tj. w zakresie jakich części zamówienia Wykonawca zobligowany jest korzystać z podwykonawstwa oraz z jakimi podmiotami współpracuje.*

Po pierwsze, z faktu powierzenia jakiejś części zamówienia podwykonawcy nie można wyciągać wniosku, że wykonawca samodzielnie nie dysponuje określonymi zasobami. Ponadto, nawet gdyby przyjąć takie założenie, to przystępujący nie wyjaśnił jednak, jaką wartość gospodarczą ma ten fakt w tej konkretnej sprawie. Możliwość korzystania z podwykonawstwa w różnym zakresie nie jest żadnym know-how przystępującego. Wreszcie, jeżeli rzeczywiście dobór podwykonawców w tej konkretnej sprawie z uwagi na jakąś szczególną specyfikę może mieć pewną wartość gospodarczą, to należało tę specyfikę szczegółowo opisać, a swe stanowisko umotywić i poprzeć dowodami (np. że pozyskanie, danego określonego podwykonawcy akurat do tej sprawy wiązało się z pozyskaniem wyjątkowej oferty albo że jest to podwykonawca nowy i pozyskanie go wiązało się z opisanymi kosztami albo współpraca z tym podwykonawcą wiąże się z zaoferowaniem jakiegoś nowego, nieznanego rozwiązania itp.). Ma zatem rację odwołujący utrzymując, że przystępujący nie wykazał o jakie materialne, namacalne skutki ujawnienia zastrzeganych informacji chodzi. Nie przedstawiono w tym zakresie nie tylko żadnych kalkulacji, ale nawet argumentacji.

Przystępujący nie udowodnił, że jego podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko przystępujący może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji pozyskiwania podwykonawców na rynku, przykładowo, że podmioty te nie chcą nawiązywać współpracy z określonymi firmami bądź nie są jeszcze znane itp. Przystępujący nie wykazał też swej tezy, jakoby odtajnienie nazw podwykonawców w tej sprawie umożliwiło konkurentom nawiązanie współpracy z podwykonawcami. Nie wykazano bowiem, że konkurenci nie mogą się zwrócić do dotychczasowych podwykonawców przystępującego w celu nawiązania współpracy. Co więcej, strony i uczestnik postępowania zgodnie utrzymywali, że podwykonawcy na tym rynku pojawiają się w ofertach przetargowych w różnych konfiguracjach i nawiązują współpracę z różnymi podmiotami. Zamawiający sam oświadczył w trakcie rozprawy, że *wykonawcy korzystają z podobnych podwykonawców, choć w zmieniających się konfiguracjach*. Wzięto również pod uwagę, że jak wynikało z treści odwołania, odwołujący był w stanie zwykłą drogą ustalić, że dwie wskazane przez niego firmy będą podwykonawcami przystępującego.

Ogólne pozostały wywody przystępującego zawarte w uzasadnieniu, w których wskazywał, że dobór podwykonawców jest elementem jakiejś bliżej niesprecyzowanej strategii. Jeżeli dobór podwykonawców istotnie był elementem jakiejś strategii, to należało to opisać i wyjaśnić wartość gospodarczą tej informacji. Nie wiadomo także w jaki sposób na podstawie doboru podwykonawców przy jednym zamówieniu można wnioskować o strategiach handlowych wykonawcy.

W treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonym wraz z ofertą próżno było szukać argumentacji przedstawionej na rozprawie o chęci zaskakiwania konkurentów doborem podwykonawców. W konsekwencji argumentacja taka została pominięta przy wyrokowaniu, z uwagi na uchybienie ustawowemu terminowi na wykazanie zasadności zastrzeżenia. Nawet gdyby jednak analogiczne wywody zawarto w uzasadnieniu, to przystępujący nie umiał wyjaśnić, jaką wartość gospodarczą miałyby mieć to zaskoczenie w tej konkretnej sprawie. Przykładowo przystępujący mógłby starać się argumentować, że chciał zaskoczyć konkurentów wykorzystując zasoby nieznanego do tej pory podwykonawcy, który zaoferował niespotykane warunki lub nieznaną technologię, co dało przystępującego przewagę na poziomie X wobec innych wykonawców. Nic takiego przystępujący nie przedstawił ani w uzasadnieniu, ani w trakcie rozprawy przed Izbą.

Za odtajnieniem nazw podwykonawców przystępującego przemawiała także argumentacja o hermetycznym rynku, na która powoływał się przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia i zamawiający w trakcie rozprawy. Istotą hermetycznego rynku jest wszak to, że uczestnicy takiego rynku doskonale się znają i wiedzą, kto na tym rynku czym się zajmuje. Z pewnością zaś na rynku hermetycznym znane są nazwy potencjalnych podwykonawców. Jeżeli jakiś podwykonawca przystępującego był do tej pory nieznaną, to należało ten fakt ujawnić, a podwykonawcę wymienić. W braku takiej argumentacji zamawiający nie miał podstaw aby wnioskować odmiennie. W tej sytuacji słusznie odwołujący zarzucił, że przystępujący już wcześniej przedstawił uczestnikom rynku podmioty, z którymi współpracuje, a traktowanie nazw tych firm jako informacji poufnych jest całkowicie nieuzasadnione.

Poważne zastrzeżenia Izby budziło także niewykazanie przez przystępującego, iż działania jakie podejmuje celem zachowania nazw podwykonawców w poufności są działaniami skutecznymi. Wątpliwości te wiązały się z lakonicznością uzasadnienia, a także z brakami dowodowymi po stronie przystępującego. Przystępujący, co do polityki bezpieczeństwa we własnej firmie powoływał się w uzasadnieniu na bliżej niesprecyzowane regulacje i dokumenty wewnętrzne. Tych dokumentów nie tylko zamawiającemu nie przedstawił, ale nawet nie przytoczył ich treści. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie zamawiający stwierdził, że polityka bezpieczeństwa prowadzona w firmie przystępującego na podstawie nieznanego mu dokumentów jest prawidłowa. Dokument w postaci regulaminu pracy został złożony zamawiającemu dopiero przy wyjaśnieniach co do ceny ofertowej, składanych w toku badania i oceny ofert. Tymczasem, co do informacji zastrzeganych już w samej ofercie ustawodawca przewidział w art. 8 ust. 3 Pzp termin, do którego należy wykazać skuteczność zastrzeżenia. W odniesieniu do omawianych informacji wskazano, że jest to termin składania ofert. Zatem powoływanie się na ten dowód było niezasadne.

Podkreślenia wymaga również, że sformułowanie „niezbędne” działania, którego używa ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk należy roznieć jako działania skuteczne, w tym znaczeniu, że gwarantują one, iż informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa utrzymają swój status. W konsekwencji działania aby zostać uznane za niezbędne, muszą dotyczyć całego łańcucha osób mających dostęp do takich danych, włącznie z podwykonawcami. Przystępujący powinien zatem wykazać, że również jego podwykonawcy w sposób skuteczny zobowiązali się zachować w tajemnicy fakt współpracy z przystępującym i opisać działania, jakie w tym zakresie podjęli. Nie wiadomo zaś, w jaki sposób jest utrzymywany w tajemnicy fakt współpracy przystępującego ze wskazanymi podwykonawcami w przeszłości i obecnie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie czynności odtajnienia części oferty przystępującego, co do której nie wykazano aby stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Izba w sentencji wyroku nakazała zamawiającemu odtajnienie dokumentów podwykonawców przystępującego (tj. dokumentów jednolitych oraz informacji z KRS i ceidg podwykonawców), zgodnie z żądaniem odwołującego, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie podlegają ujawnieniu informacje znajdujące się w innych dokumentach przystępującego, które zostały zastrzeżone skutecznie (w szczególności w wykazie osób). W takiej sytuacji dokument jednolity podwykonawcy podlega odtajnieniu lecz z poszanowaniem tej tajemnicy.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie

kwalfikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalfikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie dokumentów podwykonawców (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców oraz informacji z KRS oraz centralnej ewidencji działalności gospodarczej podwykonawców) za wyjątkiem informacji zastrzeżonych w innych dokumentach, w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*. W analizowanej sprawie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. 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 ze zm.).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: