

Sygn. akt: KIO 808/18

**WYROK**

**z dnia 9 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miko-Tech Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Miko-Tech Sp. z o.o., ul. Św. Jana Pawła II 11b, 43-170 Łaziska Górne** na rzecz **Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Katowicach.

**Przewodniczący :** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) na modernizację oczyszczalni ścieków Jaworzno - Dąb - etap II w dniu 23 kwietnia 2018 r. wykonawca Miko-Tech Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postaci:

- uznania, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią części oferty wykonawców INSTAL Kraków S.A.(dalej: „INSTAL Kraków”) oraz Instal Warszawa S.A.(dalej: „Instal Warszawa”):

a) w zakresie oferty INSTAL Kraków - informacje o częściach zamówienia powierzonych podwykonawcom oraz dokumentów podwykonawców - (strona oferty od nr 72 do nr 152) oraz informacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie potencjału osobowego) część IV sekcja C pkt. 1a i 2 JEDZ,

b) w zakresie oferty Instal Warszawa - informacji o osobach część IV sekcja C pkt. 2 JEDZ Instal Warszawa S.A. (strony w ofercie od nr 21 do nr 24),

- uznania, że wykonawcy INSTAL Kraków i Instal Warszawa wykazali, iż powyższe zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r., poz. 419),

- braku odtajnienia części ofert wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj. oferty wykonawcy INSTAL Kraków oraz oferty wykonawcy Instal Warszawa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp” i art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ich niewłaściwą ocenę i uznanie, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią części oferty wykonawców INSTAL Kraków i Instal Warszawa:

a) w zakresie oferty INSTAL Kraków - informacje o częściach zamówienia

powierzonych podwykonawcom oraz dokumentów podwykonawców - (strona oferty od nr 72 do nr 152) oraz informacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie potencjału osobowego) część IV sekcja C pkt. 1a i 2 JEDZ (te fragmenty JEDZ-a pozostały puste - strona 13 do 18 JEDZ-a wykonawcy).

b) w zakresie oferty Instal Warszawa - informacji o osobach część IV sekcja C pkt. 2 JEDZ Instal Warszawa S.A. (strony w ofercie od nr 21 do nr 24)

oraz, że wykonawcy INSTAL Kraków i Instal Warszawa wykazali, iż powyższe zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w konsekwencji czego Zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu Odwołującemu ww. informacji w sytuacji, gdy informacje zamieszczone w ww. ofertach - w dokumentach wykonawcy i podwykonawców - nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa obu wykonawców.

Odwołujący wskazał, że otwarcie ofert w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie, zostało dokonane w dniu 13 kwietnia 2018 r. Odwołujący podał również, że zgodnie z wnioskiem Odwołującego, na dzień 20 kwietnia 2018 r. ustalono Odwołującemu termin wglądu do ofert w przedmiotowym postępowaniu. Jak stwierdził Odwołujący, w dniu 20 kwietnia 2018 r. przedstawicielom Odwołującego odmówiono (ustnie - w siedzibie Zamawiającego) wglądu do zastrzeżonych części ofert wykonawców INSTAL Kraków i Instal Warszawa. Odwołujący argumentował, że zgodnie z poglądami orzecznictwa, „Wykonawca uzyskuje wiedzę o zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie w dniu otwarcia ofert, lecz w dniu ich rzeczywistego udostępnienia przez zamawiającego”, przez co od tego właśnie terminu należy liczyć termin ewentualnego odwołania. W przypadku natomiast zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, termin na wniesienia odwołania winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne. Odwołujący zauważył, że odwołanie zostało złożone w dniu 26 kwietnia 2018 r., a co za tym idzie, termin 10 dni został przez Odwołującego zachowany.

Wykazując swój interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że interes ten przejawia się w tym, że wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji ofert pozostałych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji możliwości podpisania umowy o zamówienie publiczne i osiągnięcia z jego realizacji założonego zysku. Ustalenie,

że Zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odtajnienia części ofert wykonawców prowadzić będzie, w ocenie Odwołującego, 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, jak stwierdził Odwołujący, wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący wskazał na następującą argumentację:

#### 1. oferta INSTAL Kraków

Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca INSTAL Kraków zgodnie z zapisem strony 2 i 3 oferty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa strony od nr 72 do nr 152 oferty podając, iż „*informacje podane w części zastrzeżonej oferty*” dotyczą „*części zamówienia powierzonej Podwykonawcy oraz firmy podwykonawcy*”. Dodatkowo na stronie 5 JEDZ ww. wykonawcy wskazano, iż będzie on korzystał aż z dwóch (zastrzeżonych) podwykonawców podczas realizacji przedmiotowego zamówienia. W JEDZ-u wykonawca zastrzegł dodatkowo informacje dotyczące wykazu zrealizowanych robót oraz wykazu personelu czyli informacje związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie potencjału osobowego) - część IV sekcja C pkt. 1a i 2 JEDZ (te fragmenty JEDZ- a pozostały puste - strona 13 do 18 JEDZ-a wykonawcy).

Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie wykazał w żaden sposób uzasadnienia do zastrzeżenia część IV sekcja C pkt. 1a JEDZ, stąd, w ocenie Odwołującego, należy uznać, iż zastrzeżenie tych informacji nie zostało skutecznie dokonane. Jak zauważył Odwołujący, w uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty (załącznik nr 7 do oferty) próżno szukać na ten temat jakiegokolwiek wyjaśnienia wykonawcy, pomijając już w zupełności brak jakichkolwiek dowodów potwierdzających, iż wykaz robót budowlanych, realizowanych na rzecz podmiotów publicznych, stanowi dla wykonawcy INSTAL Kraków tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że załącza do odwołania zrzut strony internetowej wykonawcy INSTAL Kraków potwierdzający umieszczenie bieżących i historycznych informacji z realizowanych projektów w zakresie gospodarki wodno - ściekowej na własnej stronie internetowej. W opinii Odwołującego, tylko kwestią czasu i determinacji

jest pozyskanie - chociażby ze stron internetowych ww. zamawiających, lub ewentualnie z dostępu do informacji publicznej, nie tylko kwot realizowanych kontraktów, ale także ich zakresu, przepustowości itp.

Jak zauważył Odwołujący, wyjaśnienia dotyczące zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa (zał. do oferty) wyraźnie dotyczą jedynie potencjału kadrowego oraz danych podwykonawców. Odwołujący zastrzegł, że argumentacja Odwołującego co do zastrzeżenia przez wykonawcę INSTAL Kraków personelu wykonawczego została przedstawiona w dalszej części odwołania dotyczącej wykonawcy Instal Warszawa, gdyż dotyczy identycznej sytuacji obu wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisami SIWZ pkt. 6.1. ppkt. 4 (strona 17 siwz) *„Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, składa także Jednolite Dokumenty dotyczące Podwykonawców”*. Odwołujący wyraził przypuszczenie, iż właśnie w zastrzeżonych kartach oferty znajdują się m.in. wskazane wyżej wymagane informacje, pozwalające zweryfikować wykonawcę pod względem spełniania warunków SIWZ. Zdaniem Odwołującego, informacje znajdujące się w dokumentach podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, wykonawca INSTAL Kraków nie wykazał, aby ta część oferty mogła taką tajemnicę stanowić.

Odwołujący podkreślił, iż fundamentalną zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Wyjątek od omawianej zasady został określony w art. 8 ust. 3 ustawy 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, wykonawca nie sprostął obowiązkowi określonymu w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Informacje zastrzeżone przez wykonawcę - dokumenty podwykonawców (jednolite dokumenty dotyczące każdego z podwykonawców) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości

publicznej informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej 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 wykonawcy. Odwołujący wskazał, że wykonawca w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, że: „wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie informacje dotyczące *osób z którymi współpracuje, wszystkie dokumenty dotyczące podwykonawców z którymi współpracuje jak i te elementy fragmenty oferty, które umożliwiają ich identyfikację*” (w tym miejscu powołano orzeczenie KIO dot. zastrzeżenia umów wraz z częściami referencji - nie odnoszących się w żaden sposób do zastrzeżenia danych podwykonawców) (...) „*wykonawca zastrzega również jako informację niejawną cały wykaz personelu (...)*”. Dalej podano, iż „dokumentacja przygotowana dla potrzeb przedmiotowego postępowania przechowywana jest w pomieszczeniu spełniającym warunki określone w ustawie o ochronie informacji niejawnych”.

Odwołujący wskazał, iż jako informację niejawną legalnie definiuje się zgodnie z ustawą o ochronie informacji niejawnych z 5 sierpnia 2010 r. informację, której nieuprawnione ujawnienie (także w trakcie jej opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu jej wyrażania) spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne.

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę:

- *ściśle tajne*, jeśli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: zagrazi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej Rzeczypospolitej Polskiej;
- *tajne*, jeśli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności, lub porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej;

- *poufne*, jeśli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że: utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej;
- *zastrzeżone*, jeśli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej Rzeczypospolitej Polskiej.

Kontrolę ochrony informacji niejawnych prowadzą m.in. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Służba Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie opisanym w ustawie o ochronie informacji niejawnych z 5 sierpnia 2010 r.

W ocenie Odwołującego, trudno zatem uznać, by wskazana przez wykonawcę INSTAL Kraków informacja związana z wykazem osób biorących udział w przedmiotowym postępowaniu lub wykaz (dane) podwykonawców były na tyle newralgiczne z punktu widzenia interesów RP, by mogły zostać uznane za informację niejawną. Sam fakt wskazania, iż cyt. „dokumentacja przygotowana dla potrzeb przedmiotowego postępowania przechowywana jest w pomieszczeniu spełniającym warunki określone w ustawie o ochronie informacji niejawnych” nie czyni, w opinii Odwołującego, z ww. informacji ani informacji niejawnej, ani zastrzeżonej. Wskazuje tylko na fakt sposobu jej zabezpieczenia u wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, na ogólnikowość i posługiwanie się utartymi sloganami w przekazanych wyjaśnieniach co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa świadczy dodatkowo także inny szczegół - w powołanym wyżej tekście wyraźnie powołano się na zastrzeżenie dokumentacji przygotowanej na potrzeby postępowania, które wg ustawy zostaje zakończone z chwilą podpisania umowy. W związku z tym, w ocenie Odwołującego, wprost z wyjaśnień wykonawcy wynika, iż zastrzeżenie funkcjonuje jedynie wyrывkowo na etapie postępowania celem utrudnienia weryfikacji ww. informacji przez innych wykonawców, po czym informacja ta traci „zastrzeżony charakter” i jest powszechnie udostępniana, gdyż nie służy już przygotowaniu postępowania.

Odwołujący argumentował dalej, że za niesłuszne należy uznać także twierdzenia wykonawcy odnoszące się do rzekomego negatywnego wpływu odtajnienia dokumentów podwykonawców na relacje z podwykonawcami. Odwołujący stwierdził, że na podstawie wcześniej realizowanych umów o zamówienie publiczne przez wykonawcę potrafi określić krąg podwykonawców, z którymi współpracuje wykonawca (jako dowód Odwołujący

przedstawił ofertę (wybrane jej części) Instal Kraków w postępowaniu nr ZP/2/POLIS/2017/MO na „Modernizację części osadowo - biogazowej oczyszczalni ścieków w Starachowicach”, gdzie ani nie zastrzegano m.in. wykazu osób czy kwestii udostępniania zasobów itp., a przedmiot zamówienia był podobny. Odwołujący stwierdził ponadto, że może w każdym momencie zwrócić się do dotychczasowych podwykonawców wykonawcy w celu nawiązania współpracy. Stąd też same nazwy podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, za błędne należy uznać wnioskowanie przedstawione przez wykonawcę, 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 wykonawcy. Jednocześnie, samo stwierdzenie, że ze względu na specyfikę danego zamówienia, wykonawca 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 inny wykonawca nie powoduje, aby Odwołujący lub pozostali wykonawcy mogli uzyskać wiedzę posiadającą jakąkolwiek wartość gospodarczą. Odwołujący podkreślił, że podwykonawcy kontroferentów 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. Dopiero uzyskanie dalszych informacji o warunkach współpracy danego wykonawcy z podwykonawcami może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący zaznaczył, że nazwy podwykonawców, z którymi współpracuje wykonawca na aktualnie realizowanych projektach, nie stanowiły dotychczas jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Do jawnych należy zaliczyć informacje dotyczące podmiotów, które wspólnie z wykonawcą, na zasadzie podwykonawstwa, realizowały lub realizują poszczególne zamówienia. Tym samym należy uznać, że wykonawca 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 wykonawców 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, Odwołujący wskazał, że wykonawca, już w toku realizacji poprzednich zamówień, ujawnił informacje o nazwach podwykonawców, z którymi współpracuje.

Odwołujący powołał się na orzeczenie WSA w Krakowie z dnia 17 lipca 2015 r., sygn. akt II SA/Kr 654/15, gdzie istotą sporu była kwestia zasadności odmowy udostępnienia żądanej informacji publicznej na wniosek dotyczący realizacji zadania łącznie z udostępnieniem listy podwykonawców w rozumieniu ustawy Pzp, z art. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, każda informacja w sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonym w niniejszej ustawie. W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjęto, iż na podstawie art. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, każda wiadomość wytworzona lub odnosząca się do władz, podmiotów sprawujących funkcje publiczne albo odnoszące się do innych podmiotów, wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym stanowi informację publiczną podlegającą udostępnieniu. Wyjątki od powyższej zasady wprowadza art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Odwołujący wyjaśnił, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, (Dz. U. 2014 poz. 782 ze zm.), obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego. Do takich podmiotów należy, jak zaznaczył Odwołujący, Zamawiający, który reprezentuje jednostkę ze 100% udziałem jednostki samorządu terytorialnego. W świetle powyższego należy uznać, że Zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do udzielenia informacji publicznej. W przypadku kolizji prawa do tajemnicy przedsiębiorcy z prawem do informacji publicznej nie można z góry przyjmować, że prawo przedsiębiorcy do zachowania tajemnicy ma zawsze pierwszeństwo przed prawem do informacji publicznej. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy stanowi wyjątek od zasady jawności informacji publicznej, dlatego też podmiot zobowiązany do jej udostępnienia nie może ograniczyć się do zdawkowego oświadczenia o istnieniu takiej tajemnicy, bowiem jej istnienie musi być niewątpliwe, aby mogło uzasadniać odmowę udostępnienia. Ponadto zgodnie z art. 9 pkt 2 ustawy

z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.) gmina, jak i jednostki z jej udziałem, są jest jednostkami sektora finansów publicznych. Gospodarują one środkami publicznymi, które przeznacza się także na realizację zobowiązań wynikających z zawieranych przez nią umów. Gospodarka środkami publicznymi jest jawna, co wynika z art. 33 ust. 1 cyt. ustawy. Odwołujący zaznaczył również, że art. 35 ustawy o finansach publicznych wprowadza zasadę domniemania niezastrzeżenia klauzuli dotyczącej wyłączenia jawności w umowach zawieranych przez ww. podmioty. Oznacza to, iż zastrzeżenie tajemnicy stanowi wyjątek od zasady jawności i z tego względu jednostka sektora publicznego nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu przedsiębiorcy, co do jej istnienia, ale powinna samodzielnie dokonać oceny złożonego przez przedsiębiorcę zastrzeżenia pod kątem istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożone zastrzeżenie może stać się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy podmiot zobowiązany do ujawnienia informacji, po przeprowadzeniu stosownego badania, pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu powołanej wyżej ustawy. Jeżeli w wyniku weryfikacji okaże się, że zastrzeżona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, to zadeklarowane zastrzeżenie staje się bezskuteczne. Odwołujący przywołał wyrok WSA z 12 października 2012 r., sygn. akt II SA/Wa 1483/12, w którym sąd przyjął, że tajemnica przedsiębiorstwa nie stoi na przeszkodzie udostępnieniu informacji dotyczącej listy podwykonawców w rzeczywistości biorących udział w realizacji przedsięwzięcia. „Nie można tracić z pola widzenia, że przedmiotem zainteresowania strony skarżącej była korespondencja między stronami samej umowy, a nie między wykonawcą a podwykonawcami, jakkolwiek te ostatnie umowy również zostały przekazane organowi. Jako wadliwe należało więc ocenić autorytatywne uznanie przez organ, że cała korespondencja zawiera informacje objęte tajemnicą przedsiębiorcy. Powyższa okoliczność wymaga wnikliwego zbadania, a w razie wydania decyzji odmownej konieczne jest wskazanie dlaczego określone dokumenty, bądź poszczególne dane w nich zawarte, nie mogą zostać udostępnione”.

„Reasumując, wykazane naruszenia prawa skutkują uchYLENIEM zaskarżonej decyzji, co powoduje konieczność udzielenia informacji dotyczącej listy podwykonawców. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że aby upublicznienie informacji mogło spowodować naruszenie tajemnicy ustawowo chronionej, to jej istnienie w konkretnym przypadku musi być niewątpliwe. (...) Przesłanki przemawiające za nieudzieleniem informacji publicznej ze

wskazanej przyczyny muszą być rzeczywiste i precyzyjnie określone. Warto również pamiętać, że każda procedura tocząca się przed organami państwa w szczególności prowadząca do rozdysponowania środków publicznych - nawet taka, która kończy się zawarciem umowy - ma charakter postępowania w sprawie publicznej, a podmiot decydujący się na udział w takiej procedurze musi liczyć się z tym, że podawane przez niego informacje będą objęte zakresem sprawy o charakterze publicznym”.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, iż wykonawca nie podjął żadnych środków mających na celu utrzymanie informacji na temat dotychczasowych podwykonawców jako informacji poufnych. Odwołujący podniósł, że wykonawca nie sprostował obowiązkowi prawidłowego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że zgodnie z przywołanym wcześniej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy 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, wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone informacje o podwykonawcach stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie powołał żadnych dowodów potwierdzających, że przedmiotowe informacje o podwykonawcach zamieszczone w JEDZ stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wykonawca 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) jako poufnych. W uzasadnieniu zastrzeżenia dokumentów podwykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy 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, wykonawca 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. Jedynie nieliczni, upoważnieni do tego pracownicy mają wgląd do tych informacji. Nadto, osoby te zostały poinformowane o poufności tych informacji i zobowiązały się do zachowania ich poufności. Odwołujący podkreślił, że wykonawca w żaden sposób nie wykazał, aby rzeczywiście wyżej opisane działania zostały podjęte. W związku z powyższym, należy uznać, zdaniem Odwołującego, że wykonawca 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 ustawy Pzp, podlegają one ujawnieniu.

Odwołujący zaznaczył, że w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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. Odwołujący zaznaczył, 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.”. Odwołujący podkreślił, że z powołanego przepisu wynika, że 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.

Odwołujący zwrócił uwagę na pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym 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, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że 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, wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podał, że ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Jak podkreślił Odwołujący, 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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, jak zaznaczył Odwołujący, 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 uzasadnienie, jak wskazał Odwołujący, 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza 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.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych nazw podwykonawców. Odwołujący stwierdził, że twierdzenia wykonawcy w tym zakresie, zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia, pozostawały nad wyraz ogólne, pozbawione jakichkolwiek konkretów, możliwe do sporządzenia w każdym postępowaniu. Można śmiało stwierdzić, że takie wyjaśnienia można było równie dobrze złożyć w każdym postępowaniu na niemal dowolny przedmiot zamówienia. Wykonawca nie wyjaśnił, zdaniem Odwołującego, 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. W ocenie Odwołującego, aby to poznać, konieczny byłby dostęp do ofert

tych podwykonawców, ale Odwołujący nie domaga się ujawnienia takich informacji. Odwołujący zauważył, że w dalszej części swych wyjaśnień wykonawca w sposób ogólny oświadcza, 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.

Odwołujący stwierdził, że 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 wykonawca nie wyjaśnił jednak, jaką wartość gospodarczą ma ten fakt w tej konkretnej sprawie. W opinii Odwołującego, możliwość korzystania z podwykonawstwa w różnym zakresie nie jest *know-how* wykonawcy. Ponadto, jak podał Odwołujący, 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.). Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie wykazał, o jakie materialne, namacalne skutki ujawnienia zastrzeganych informacji chodzi. Nie przedstawiono w tym zakresie nie tylko żadnych kalkulacji, ale nawet argumentacji. Wykonawca nie udowodnił, że jego podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko wykonawca 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. Wykonawca 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 w celu nawiązania współpracy. Zdaniem Odwołującego, trudno w tym konkretnym postępowaniu, polegającym na typowych robotach budowlanych w zakresie modernizacji oczyszczalni ścieków, mówić o jakiejś nietypowej technologii obranej przez podwykonawców itp.

Odwołujący podniósł ponadto, że poważne zastrzeżenia budzi także niewykazanie

przez wykonawcę, iż działania, jakie podejmuje celem zachowania nazw podwykonawców w poufności są działaniami skutecznymi. Wątpliwości Odwołującego związane są, jak wskazał Odwołujący, z lakonicznością uzasadnienia, a także z brakami dowodowymi po stronie wykonawcy, który co do polityki bezpieczeństwa we własnej firmie powoływał się w uzasadnieniu na bliżej niesprecyzowane regulacje i dokumenty wewnętrzne. Jak zaznaczył Odwołujący, wykonawca dokumentów tych 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 wykonawcy na podstawie nieznanego mu dokumentów jest prawidłowa. Tymczasem, co do informacji zastrzeganych już w samej ofercie ustawodawca przewidział w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp termin, do jakiego należy wykazać skuteczność zastrzeżenia. W odniesieniu do omawianych informacji wskazano, że jest to termin składania ofert. Odwołujący podkreślił, że sformułowanie „niezbędne” działania, którego używa ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy rozumieć jako działania skuteczne, w tym znaczeniu, że gwarantują one, iż informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa utrzymają swój status. W konsekwencji, jak przyjął Odwołujący, działania, aby zostać uznane za niezbędne, muszą dotyczyć całego łańcucha osób mających dostęp do takich danych, włącznie z podwykonawcami. Wykonawca powinien zatem wykazać, że również jego podwykonawcy w sposób skuteczny zobowiązali się zachować w tajemnicy fakt współpracy z Wykonawcą i opisać działania, jakie w tym zakresie podjęli. Nie wiadomo zaś, w jaki sposób jest utrzymywany w tajemnicy fakt współpracy wykonawcy ze wskazanymi podwykonawcami w przeszłości i obecnie.

## 2. oferta Instal Warszawa

Argumentacja Odwołującego co do zastrzeżenia przez Wykonawcę Instal Warszawa personelu wykonawczego dotyczy także identycznego zastrzeżenia w ofercie Wykonawcy INSTAL Kraków.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Instal Warszawa niezasadnie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz personelu. Jak wskazał Odwołujący, osoby, co do których wykonawca ten zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, w przypadku realizacji zamówienia przez ww. wykonawcę, będą powszechnie znane ogółowi osób, albowiem są to osoby funkcyjne, które będą aktywnie uczestniczyć w procesie realizacji zamówienia, a co najważniejsze, z imienia i nazwiska będą występowały w dokumentach budowy, takich jak np. dziennik budowy, który nie jest dokumentem „tajnym” i każdy zainteresowany będzie miał

możliwość zapoznania się z tymi danymi.

Odwołujący wyraził pogląd, że oświadczenie ograniczające się do stwierdzenia, że wiedza fachowa osób realizujących zamówienie stanowi kluczową wartość gospodarczą i decyduje o zdolności do realizacji zamówienia, a zatem stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, należy uznać za niemieszczące się w wymogu wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 8 ust 3 ustawy Pzp. Wskazanie powyższych okoliczności oraz informacja o tym, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zapobiega podkupowaniu personelu między konkurencyjnymi wykonawcami nie stanowi wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz jest jedynie informacją o danej sytuacji faktycznej (por. wyrok KIO z dnia 9 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2237/15).

„Aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca-wskazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawcy winni wykazać zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym upatrują tej szkody. Wykonawca nie wykazał związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji, a ewentualną szkodą, zaś możliwość poniesienia szkody musi być, co najmniej uprawdopodobniona” (por. wyrok KIO sygn. akt 1202/17).

Odwołujący stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę Instal Warszawa w przedmiotowym postępowaniu przetargowym została podzielona na część jawną i część niejawną. Integralną część oferty tego wykonawcy stanowi załącznik nr 7, który sprowadza się wyłącznie do przytoczenia treści szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Odwołującego, uzasadnienie to nie zawiera żadnych miarodajnych i weryfikowalnych danych, które by potwierdzały, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty, załączniki, informacje etc. zawierają informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, technologicznym, stanowią „know-how” lub posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą. W swoim uzasadnieniu wykonawca nie wykazał również, iż podjął konkretne działania, aby zachować poufność informacji. Wykonawca nie wykazał też, iż informacje te nie zostały podane do publicznej wiadomości.

Jak zauważył Odwołujący, stanowisko dotyczące konieczności wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest mocno ugruntowane

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo Odwołujący powołał wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15, wyrok z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 291/15, wyrok z dnia 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15, wyrok z dnia 25 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 34/16, wyrok z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17. Odwołujący stwierdził, że w wyroku o sygn. akt 421/17 Krajowa Izba Odwoławcza słusznie wskazała na obowiązek wykonawcy udowodnienia, iż poczynione przez niego zastrzeżenie tajemnicy jest skuteczne. Wykonawca nie może w tym zakresie ograniczyć się li tylko do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ale musi przedłożyć określone dowody. Co ważne, jak wskazał Odwołujący, wykazanie przez wykonawcę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie z zastrzeżeniem tej tajemnicy. Na Zamawiającym spoczywa natomiast obowiązek oceny skuteczności tego zastrzeżenia właśnie w oparciu o przedłożone przez wykonawcę dowody. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza: „(...) nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazał wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. (...) Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów „uznk”, zamawiający nie jest związany zakazem ujawnienia tych informacji, wynikającym z art. 8 ust 3 ustawy Pzp. (...) Podkreślić należy, iż sam charakter informacji wpisujący się w treść art. 11 ust 4 ustawy nie przesądza jeszcze, że dana informacja ma przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. (...). Nie każda informacja (wiadomość) technologiczna i handlowa podpada pod pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Istnieje bowiem różnica między wiadomościami odpowiadającymi treści pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa a informacjami wchodzącymi w skład powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy zdobytej przez pracownika w wyniku własnej działalności zawodowej podczas zatrudnienia”. Nie ulega zatem 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. Przenosząc stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej na stan faktyczny niniejszej sprawy należy uznać, iż spółka Instal Warszawa nie udowodniła, że zastrzeżone przez nią informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje, że zważywszy na zakres dokonanego zastrzeżenia jego celem jest w rzeczywistości utrudnienie weryfikacji

prawidłowości danych przez innych wykonawców, a nie ochrona tych danych. Takie działanie należy uznać za niedopuszczalne z punktu widzenia przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, na co również zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. Akt KIO 807/15) cytując: „Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty”. Odwołujący przywołał też orzeczenia KIO o sygn. akt KIO 2237/15 oraz KIO 1711/16.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w wyroku NSA z dnia 18 sierpnia 2016 r. (sygn. I OSK 387/15) NSA poczynił bardzo istotne rozważania twierdząc, że „tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią 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. Tajemnica przedsiębiorstwa jest oceniana przez Sąd w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy, a ze względu na konstytucyjną rangę prawa do informacji publicznej, nie każda tajemnica przedsiębiorcy będzie uzasadniać odmowę jej udostępnienia. Znaczenie danej tajemnicy musi być bowiem proporcjonalnie większe, niż racje przemawiające za udostępnieniem informacji publicznej (...). Nie sposób (...) podzielić poglądu wyrażonego w odpowiedzi jakoby o szczególnej wartości dla przedsiębiorcy określonych informacji świadczyło wystarczająco to, że przedsiębiorca podjął decyzję o ich szczególnej ochronie i podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Przyjęcie takiego stanowiska za uprawnione czyniłoby bowiem fikcyjnym konstytucyjnie chronione prawo obywatela do uzyskania informacji publicznej, albowiem dla pozbawienia go dostępu do szerokiego katalogu informacji wystarczającym byłoby formalne i niepodlegające jakiegokolwiek kontroli zadeklarowanie przez przedsiębiorcę, iż określone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa”.

Odwołujący podkreślił, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność takiego zastrzeżenia. To nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla

rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wskazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności, jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji (KIO 733/16 z dnia 24 maja 2016 r.).

Jak wskazał Odwołujący, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawniania pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, które ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałyby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (por. KIO 140/16, KIO 148/16 z dnia 22 lutego 2016 r.).

Odwołujący stwierdził, że nie zasługuje na ochronę na gruncie przepisów ustawy Pzp objęcie tajemnicą informacji w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia wówczas, gdy jedynym celem (interesem), prowadzącym do uzyskania zamówienia, jest dla odwołującego uniemożliwienie innym wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, zapoznanie się z ich treścią.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofertach wykonawców:

a) w zakresie oferty INSTAL Kraków: informacji związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie potencjału osobowego) - część IV sekcja C pkt. 1a i 2 JEDZ oraz informacji o częściach zamówienia powierzonych podwykonawcom oraz dokumentów podwykonawców - (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców) - strona oferty od nr 72 do nr 152,

b) w zakresie oferty Instal Warszawa - informacji o osobach część IV sekcja C pkt. 2 JEDZ Instal Warszawa S.A. (strony w ofercie od nr 21 do nr 24);

2. uznania, że zastrzeżone przez obu wykonawców informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu do

wglądu informacji (odtajnienia części ofert wykonawców) w następującym zakresie:

a) w zakresie oferty INSTAL Kraków: informacji związanych ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu (w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie potencjału osobowego) część IV sekcja C pkt. 1a i 2 JEDZ oraz informacji o częściach zamówienia powierzonych podwykonawcom oraz dokumentów podwykonawców - (jednolitych dokumentów każdego z podwykonawców) - strona oferty od nr 72 do nr 152,

b) w zakresie oferty Instal Warszawa - informacji o osobach część IV sekcja C pkt. 2 JEDZ Instal Warszawa S.A. (strony w ofercie od nr 21 do nr 24).

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie, mając na uwadze zaistniały w sprawie stan faktyczny, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona przesłanka określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkująca możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz poniesienie bądź możliwość poniesienia szkody.

Izba ustaliła, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 13 kwietnia 2018 r., zaś w dniu 20 kwietnia 2018 r. przedstawiciele Odwołującego dokonali wglądu do ofert złożonych w postępowaniu, przy czym udostępniono im jedynie jawne części ofert wykonawców INSTAL Kraków i Instal Warszawa. Izba miała też na uwadze, że do chwili rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego miało miejsce tylko jedno posiedzenie komisji przetargowej (w dniu 25 kwietnia 2018 r.), na którym nie badano skuteczności zastrzeżenia części ofert INSTAL Kraków i Instal Warszawa jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W przedmiotowej sprawie udostępnienie przez Zamawiającego jawnej części ofert Instal Kraków i Instal Warszawa w dniu 20 kwietnia 2018 r. nie było wynikiem analizy zasadności zastrzeżenia części ofert ww. wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa czy decyzji podjętej przez Zamawiającego w tym przedmiocie. Zgodnie z oświadczeniem członka komisji przetargowej złożonym na rozprawie, Odwołujący w momencie zapoznawania się z ofertami, nie otrzymał informacji, że Zamawiający uznał zastrzeżenie części oferty INSTAL Kraków i Instal Warszawa jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Do takiego wniosku

nie mogła prowadzić jedynie okoliczność, że Zamawiający udostępnił Odwołującemu jawną część ofert, jako że Zamawiający był do tej czynności zobowiązany treścią art. 86 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie zwrócił się z pisemnym zapytaniem do Zamawiającego, czy fakt udostępnienia jawnej części ofert INSTAL Kraków i Instal Warszawa jest wynikiem decyzji Zamawiającego o uznaniu utajnienia części ofert ww. wykonawców za skuteczne (zgodnie z zasadą pisemności postępowania ujętą w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba zważyła, iż ustawa Pzp nie precyzuje terminu, w jakim zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny ofert, w tym zweryfikować zasadność dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń jawności złożonych ofert. Niewątpliwie, zamawiający może takiej weryfikacji dokonać do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało jeszcze miejsca. Izba miała przy tym na uwadze, że zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności, jak też nie zaniechał czynności w przedmiocie oceny skuteczności zastrzeżenia części ofert Instal Kraków i Instal Warszawa jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że taka czynności czy zaniechanie zostały przeprowadzone nieprawidłowo, z naruszeniem przepisów prawa.

Izba dostrzega prawo Odwołującego do weryfikowania treści ofert złożonych przez konkurentów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jednak w przedmiotowym stanie faktycznym, wobec braku podstaw do uznania, że Zamawiający zweryfikował oferty Instal Kraków i Instal Warszawa pod kątem skuteczności zastrzeżenia ich części jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba naruszenia uprawnień Odwołującego nie stwierdziła. W przedmiotowym postępowaniu termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia utajnionej części ofert Instal Kraków i Instal Warszawa będzie biegł od momentu poinformowania wykonawców o wynikach oceny ofert, ewentualnie od momentu uzyskania przez Odwołującego jednoznacznej informacji o zakończeniu przez Zamawiającego weryfikacji dokonanej przez ww. wykonawców zastrzeżenia i odmowy udostępnienia tej części ofert ww. wykonawców Odwołującemu.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący :** .....