Sygn. akt: KIO 2548/21
Sygn. akt: KIO 2570/21

WYROK

z dnia 14 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez odwołującego:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa)

B. wykonawcę: JANASZEK ELECTRIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa),

przy udziale wykonawcy: FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2548/21 i o sygn. akt: KIO 2570/21 - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcę: JANASZEK ELECTRIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego

kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisów od odwołania, każdy w kwocie 15.000 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2548/21
Sygn. akt: KIO 2570/21

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w dniu 30 sierpnia 2021 r. w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) {Pzp lub ustawa Pzp] o wartości powyżej progów unijnych na „Kompleksowe utrzymanie urządzeń nietrakcyjnej elektroenergetyki kolejowej w latach 2022-2025". Numer referencyjny: 6060/1LG 7/00547/00469/21/. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu w dniu 12 maja 2021r. pod numerem: 2021/S 092239801.

Sygn. akt: KIO 2548/21

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum: PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa wskazali, że odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na odtajnieniu informacji ujętych w dokumentach pn.: „Zał_1a Arkusz_ cen Jednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz „Zał_1b_Formularz_ofertowy_tajemnica_przedsiębiostwa", które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, pomimo skutecznego ich zastrzeżenia i wykazania wszystkich przesłanek niezbędnych do zapewnienia ochrony ww. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa członków Konsorcjum PKPE. Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j, Dz.U. z 2020 r. poz. 1983 ze zm.), dalej: l' uznk", poprzez podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujących się w ofercie konsorcjum PKPE, tj. we wskazanych dokumentach, zastrzeżonych zasadnie przez Odwołującego jako tajemnicę, co jego zdaniem skutecznie wykazał.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na podjęciu decyzji o odtajnieniu dokumentów Konsorcjum PKPE pn.: „Zał_1a_Arkusz_cenJednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz „Zał.1 b_Formularz_ofertowy_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz uznania zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Wniósł ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą.

Wskazał, że Odwołujący (...) posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem jako jeden z wykonawców, złożył ważną i prawidłową merytorycznie ofertę z rynkową ceną w Postępowaniu, która jest ceną najniższą spośród wszystkich ofert w każdej z 23-ech części Postępowania, i w związku z tym ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia (Zamawiający na moment wniesienia odwołania jest na etapie badania i oceny ofert i nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej). Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący podnosi, że w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp polegającego na bezprawnym odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia powinno być rozpatrywane szeroko. Należy wskazać, że w przypadku nieprzyznania Odwołującemu możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, w przedmiotowym postępowaniu doszłoby do nieakceptowalnej sytuacji, w której pomimo tego, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, co może narazić Odwołującego na dotkliwe straty materialne, wykonawca zostałby pozbawiony prawa do ochrony prawnej". Odwołujący wskazał także, że (...) w wyniku niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na zapowiedzianym odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego może ponieść szkodę, poprzez ujawnienie nie tylko innym uczestnikom Postępowania, ale każdej zainteresowanej osobie, która o to wystąpi, informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, i które to posiadają dla Odwołującego istotną wartość gospodarczą. Ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wiązać się może z poniesieniem istotnych strat materialnych, wynikających ze spadku konkurencyjności Odwołującego oraz utraty jego pozycji rynkowej na rzecz innych wykonawców. W szczególności należy zwrócić uwagę na możliwość zapoznania się konkurencji ze szczegółowymi cenami za setki czynności podejmowanych standardowo w działalności Konsorcjum PKPE i wynikającej z tego możliwości poniesienia przez Odwołującego realnej straty w postaci utraty kontraktu i związanego z nim zysku, jak również obniżeniem konkurencyjności przy ubieganiu się o inne zamówienia publiczne w przyszłości. Odwołujący wyjaśnia także, że powołuje się na przesłankę „możliwości poniesienia szkody" albowiem Zamawiający w piśmie z dnia 20.08.2021 r. wskazał, iż odtajnienie przedmiotowych informacji nastąpi po upływie terminu do wniesienia odwołania. Powyższe

stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp".

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Kompleksowe utrzymanie urządzeń nietrakcyjnej elektroenergetyki kolejowej w latach 2022-2025" w zakresie Części 1-23.

2. Konsorcjum PKPE złożyło oferty w Postępowaniu w Częściach 1-23. Wraz z ofertami Konsorcjum PKPE przekazało Zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. następujących dokumentów: „Zał.1a Arkusz cen Jednostkowych_tajemnjca_przedsiębiorstwa" oraz „Zał.1b_Formularz_ofertowy

_tajemnica_przedsiębiorstwa".

3. W dniu 20.08.2021 r. Zamawiający przekazał Konsorcjum PKPE decyzję o odtajnieniu ww. dokumentów, wskazując, że staną się one jawne po upływie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

4. W uzasadnieniu odtajnienia wskazał m.in., że: „informacje o cenach jednostkowych, zastrzeżone przez Wykonawcę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, służą do ustalenia wysokości wynagrodzenia i będą stanowić element umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo braku wyraźnego przepisu obecnej Ustawie, który stwierdzałby, że umowy w sprawie zamówienia publicznego są jawne (taki przepis był zawarty w art. 139 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1986 j.t,), w ocenie Zamawiającego, zasadniczo umowę w sprawie zamówienia publicznego należy uznać za dokument jawny. Powyższe wynika z jednej z naczelnych zasad gospodarowania środkami publicznymi - zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi, która została wyrażona w art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 305 j.t,). Przeciwny wniosek stanowiłby istotne ograniczenie przedmiotowej zasady. Zasadniczo umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna więc być udostępniana w trybie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 2176 j.t.), co pozwala na realizację zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi. Trudno byłoby zgodzić się z twierdzeniem, aby dopuszczalne było zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji, na podstawie których ustalane jest wynagrodzenie z tytułu realizacji w sprawie zamówienia publicznego. Wniosek taki prowadziłby bowiem do istotnego ograniczenia zasady jawności gospodarowania środkami publicznymi".

- W orzecznictwie podkreśla się, że „zasadniczo nie można skutecznie zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen jednostkowych, gdyż zwrot „informacje dotyczące ceny", o którym mowa w art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1986 j,t.), a obecnie -„informacje o cenach", o których mowa w art. 222 ust. 5 Ustawy, należy interpretować możliwie jak najszerzej. Oznacza to, że zakresem pojęciowym cytowanych zwrotów objęte są również ceny jednostkowe wskazywane w formularzach ofertowych, które składają się na cenę całkowjtq oferty. Innymi

słowy - w świetle przywołanego orzeczenia niedopuszczalne jest skuteczne zastrzeżenie

jako tajemnicy przedsiębiorstwa cen jednostkowych wynikających z dokumentów składających się na ofertę"; - w jednym z wyroków KIO Izba wskazała, że: „w postępowaniu, w którym zamawiający przygotował dokument kalkulacji cenowej, który to następnie

dokument był wypełniany przez wykonawców poprzez wskazanie cen jednostkowych za z

góry określoną ilość jednostek (tak, jak ma to miejsce w Postępowaniu), Izba stwierdziła, że „nie doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba wskazała przy tym, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, muszą pogodzić się z faktem, że określone informacje mogą zostać ujawnione jego konkurentom a samo w sobie przygotowanie cen jednostkowych dla konkretnego postępowania nie pozwala na stwierdzenie, że doszło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa";

- W jego ocenie w okolicznościach sprawy znaczenie ma jeden z wyroków KIO, w którym Izba wskazała, że konsorcjum wykonawcze „nie wykazało w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu spełnienia przesłanek zastrzeżenia RCO jako tajemnicy przedsiębiorstwa";

- Jego zdaniem w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że możliwość odtworzenia tendencji i trendów budowania ceny to za mało do zastrzeżenia, podkreślając ostatecznie, że: „Bez szczegółowych informacji

dotyczących przyjętych mechanizmów cenowych, sama informacja o cenie jednostkowej nie pozwala na ustalenie mechanizmu wyceny i może prowadzić jedynie do przewidywań w zakresie zaoferowanych cen. Taki wniosek nie jest wystarczający dla stwierdzenia, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą, w szczególności w kontekście wymogu dotyczącego udowodnienia, że zastrzegane informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, który wynika z art. 18 ust. 3 Ustawy";

- Wykonawca nie przedstawił natomiast dowodów w zakresie posiadania przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Wykonawcę jest w tym zakresie lakoniczne i opiera się na ogólnikowych stwierdzeniach, że informacje o cenach jednostkowych mogą pozwolić na odtworzenie mechanizmu kalkulacji ceny i następnie mogą zostać wykorzystane w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego takie uzasadnienie nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Wykonawca skutecznie wykazał, że zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą.(...) Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał natomiast szczegółowo w jaki sposób możliwe byłoby odtworzenie rzekomo uniwersalnych mechanizmów kalkulacji cenowej

zastosowanych na potrzeby Postępowania, co w konsekwencji prowadziłoby do wniosku, że zastrzegane informacje stanowią źródło zysku Wykonawcy".

5. Odnosząc się do tak skonstruowanego uzasadnienia w przedmiocie odtajnienia, Odwołujący wskazuje w pierwszej kolejności, że wbrew stanowisku Zamawiającego w stosunku do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji ujętych w dokumentach pn.: - „Zał_1a_Arkusz_cenJednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz „Zał. 1b ziściły się kumulatywnie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, co powoduje, że przeprowadzone przez Zamawiającego badanie zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa obarczone jest błędem i wymaga reasumpcji.

6. Prawdą jest, że zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje stanowią szczegółowe kalkulacje cenowe, będące załącznikiem do Formularza ofertowego. Odwołujący nie zaprzecza również, że stawki jednostkowe ujęte w ww. dokumentach mają stanowić podstawę do rozliczeń Zamawiającego z Wykonawcą podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku przeprowadzenia Postępowania. Okolicznością bezsporną jest również fakt, że w dokumentach zamówienia postanowiono, że dokument o nazwie „Załącznik do Formularza ofertowego" będzie stanowił Załącznik nr 14 do Umowy.

7. Odwołujący co do zasady zgadza się również z twierdzeniem Zamawiającego, że pomimo

braku w NPZP odpowiednika przepisu art. 139 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r., co do zasady

umowa w sprawie zamówienia publicznego, stanowi zasadniczo dokument jawny (w świetle brzmienia art. 73 ust. 1 NPZP stanowi ona załącznik do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

8. Konsorcjum PKPE nie może zgodzić się jednak z wnioskami, jakie wyprowadza z powyższych okoliczności Zamawiający w piśmie w przedmiocie odtajnienia. Zamawiający twierdzi bowiem, że ww. zasada jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego ma charakter nieograniczony, lub wręcz absolutny, tj. nie jest możliwe by jakieś elementy, fragmenty, czy załączniki do takiej umowy miały charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podlegały udostępnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Powyższe twierdzenie nie jest prawdziwe. Argumentację prawną w tym zakresie odnaleźć można w orzecznictwie sądów administracyjnych, gdzie stwierdza się m.in., że: „Umowy o zamówienie publiczne są udostępniane na zasadach określonych w u.d.i,p., co jednocześnie wskazuje, że w stosunku do umów dotyczących zamówień publicznych stosuje się przepis art. 5 ust. 2 tej ustawy, który uprawnia do ograniczenia ich jawności. Tym samym, sformułowana w art. 139 p.z.p zasada jawności umów, których przedmiotem jest dysponowania środkami publicznymi, nie jest absolutna" (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 25 lipca 2018 r., II SA/Kr 741/18).

Dopuszczalne jest więc, by elementy, fragmenty, części, czy też załączniki do umowy w sprawie zamówienia publicznego, były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca wykaże spełnienie formalnej i materialnej przesłanki zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że wedle art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6

września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2020 r. poz. 2176), prawo do

informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. W sytuacji więc, gdyby podmiot trzeci zwrócił się do danego organu o udostępnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, organ powinien ocenić skuteczność zastrzeżenia i - w przypadku uznania go za prawidłowe, wydać

decyzję odmowną. W orzecznictwie zapadłym na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej wskazuje się bowiem, że: „Organ rozpoznający wniosek o udostępnienie informacji publicznej winien ocenić, czy istnieją przesłanki zarówno formalne, jak i materialne dla uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorcy i czy możliwe jest zastosowanie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dla odmowy jej udostępnienia” (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2021 r., IV SA/Wr 482/20). Co więcej, „Podmiot zobowiązany, do którego zwrócono się o udostępnienie informacji, powinien ocenić, czy określone dane podlegają ujawnieniu, a w ramach takiej oceny może podjąć działania zmierzające do uzyskania stanowiska przedsiębiorcy” (wyrok NSA z dnia 16 lutego 2021 r., III OSK 3172/21). W doktrynie i orzecznictwie podnosi się wręcz, że „w sytuacji, gdy po złożeniu wniosku o udostępnienie informacji skierowane zostanie do przedsiębiorcy pytanie o szczegóły dotyczące tajemnicy przedsiębiorcy lub o ewentualną rezygnację z ochrony konkretnych informacji, to nie będzie ono spóźnione. Można je bowiem traktować jako element swoistego postępowania wyjaśniającego” (R. Cybulska, J. Rokicki, Tajemnica przedsiębiorcy w postępowaniu o udostępnienie informacji publicznej oraz w postępowaniu o zamówienie publiczne, Przegląd Prawa Publicznego, nr 10, rok 2016, s. 95, podobnie wyrok NSA z dnia 30 września 2015 r., sygn. akt I OSK 1773/14).

Mając na względzie powyższe, z samego faktu, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma zasadniczo charakter jawny, nie wynika brak możliwości zastrzeżenia jej fragmentów, elementów, załączników do niej jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co w przypadku dokonania tej czynności skutecznie, będzie skutkować odmową udostępnienia zastrzeżonych informacji z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorcy na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Mechanizm ww. działania — na przykładzie zastrzeżonej części opisu przedmiotu zamówienia obrazuje fragment uzasadnienia wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 grudnia 2019 r. (II SA/Wa 1169/19), w którym wskazano, że: „Skoro uczestnicy postępowania przetargowego zobowiązani byli do utrzymania, na podstawie odrębnej umowy, w tajemnicy opisu przedmiotu zamówienia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 5 ust. 2 u.d.i.p. w związku z art. 11 ust. 4 u.z.n.k„ tym samym osoba trzecia nie mogła w trybie informacji publicznej uzyskać jawnego dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa".

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego zupełnie nietrafione są podniesione w piśmie z dnia 20.08.2021 r. argumenty o braku możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego np. formularzy cenowych stanowiących załącznik do takiej umowy.

9. Odwołujący podkreśla, że w dalszej części pisma z dnia 20.08.2021 r. Zamawiający powołuje się na zasadę jawności gospodarowania środkami publicznymi wynikającą z art. 33 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 305). Odnosząc się do powyższej argumentacji, Odwołujący wskazuje w pierwszej kolejności, że Zamawiający jest osobą prawną — spółką kapitałową prawa handlowego, której akcjonariuszami są PKP S.A. (którego akcjonariuszem jest Skarb Państwa) i Skarb Państwa , a tym samym nie należy do jednostek sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 9 ustawy o finansach publicznych , a w konsekwencji nie obowiązuje go wprost regulacja przepisu art. 33 ww. ustawy. Abstrahując jednak od powyższego, Odwołujący podkreśla, że nawet, gdyby Zamawiający stosował ów przepis na zasadzie analogii, to Zamawiający w piśmie pominął komplementarną do art. 33 ust. 1 ustawy o finansach publicznych regulację ujętą w art. 35 ust. 1 ww. ustawy, zgodnie z którą: „Klauzule umowne dotyczące wyłączenia jawności ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa w umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne podmioty, o ile wynikające z umowy zobowiązanie jest realizowane lub przeznaczone do realizacji ze środków publicznych, uważa się za niezastrzeżone, z wyłączeniem informacji technicznych. technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych posiadających wartość gospodarczą w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w tajemnicy lub w przypadku gdy jednostka sektora finansów publicznych wykaże, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na to, że wymaga tego istotny interes publiczny lub ważny interes państwa”. Tym samym również argumentacja Zamawiającego odnośnie braku możliwości wyłączenia jawności załączników do umowy w sprawie zamówienia publicznego zasadzająca się na przepisach ustawy o finansach publicznych, powołana pomimo faktu, że Zamawiający takiego statusu nie posiada, jest nietrafiona. Również regulacje przedmiotowej ustawy, podobnie jak ustawy o dostępie do informacji publicznej dopuszczają bowiem ochronę zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, nawet w sytuacji, gdy są one załącznikiem do umowy w sprawie zamówienia publicznego, która co do zasady ma charakter jawny.

10. Odwołujący nie może się zgodzić również z przedstawioną w piśmie z dnia 20.08.2021 r. argumentacją, wedle której nie ma możliwości objęcia zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa cen jednostkowych, które stanowią podstawę do wyliczenia ogólnego

wynagrodzenia wykonawcy z uwagi na brzmienie art. 222 ust. 5 pkt 2 NPZP (i dawnego art. 86 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r.). O powyższym przesądza nie tylko literalna wykładania tego przepisu, ale również praktyka jego stosowania właściwa Zamawiającemu. Gdyby bowiem uznać, że regulację art. 222 ust. 5 pkt 2 NPZP (i obowiązujący na gruncie ustawy Pzp z 2004 r. przepis art. 86 ust. 4), która nakazuje niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępniać na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o cenach lub kosztach zawartych w ofertach, traktować jako nakaz odnoszący się udostępnienia informacji nie tylko w zakresie ogólnej ceny oferty, ale również szczegółowych cen jednostkowych, to na stronie internetowej Zamawiający powinien zamieścić obok ogólnej informacji o cenach wykonawców również pliki z załącznikami do formularza ofertowego, zawierające wszystkie ceny jednostkowe. Literalna warstwa przepisu art. 222 ust. 5 pkt 2 NPZP mówi o cenach zawartych w ofertach (l. mnoga), a więc w l. poj. o cenie lub koszcie zawartym w ofercie, Nie ma w ww. przepisie mowy o składnikach cenowych, z których taka cena jest wyliczana, czy o szczegółowych kalkulacjach ceny. Zresztą faktem powszechnie znanym i niewymagającym dowodu jest okoliczność, że ani Zamawiający PKP PLK S.A., ani żaden inny znany Odwołującemu zamawiający, nie interpretuje przedmiotowego przepisu art. 222 ust. 5 pkt 1 NPZP w ten sposób, że uznaje, iż ciąży na nim obowiązek zamieszczenia po otwarciu ofert na stronie internetowej szczegółowych kalkulacji kosztowych, które stanowiły podstawę do wyliczenia ceny ofertowej. Z jednej więc strony Zamawiający powołuje się na przepis art. 222 ust. 5 pkt 1 NPZP (i art. 86 ust. 4 ustawy Pzp z 2004 r.) jako na normę, z której wynika zakaz objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa cen jednostkowych, z uwagi na domniemany obowiązek ich upublicznienia skorelowany z art. 18 ust. 3 NPZP, z drugiej zaś sam nie traktuje tego

przepisu jako podstawy do ujawniania na stronie internetowej informacji o ww. cenach.

Powyższe pokazuje, że przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja została przywołana tylko w celu uzasadnienia stanowiska w przedmiocie odtajnienia, nie stanowi zaś podstawy do realnych działań Zamawiającego w zakresie ujawnienia cen jednostkowych ujętych w załącznikach z cenami jednostkowymi stanowiących załącznik do Formularza ofertowego. Sam Zamawiający nie rozumie więc przedmiotowej regulacji w sposób przedstawiony w piśmie z dnia 20.08.2021 r. Z powyższych względów, nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, jakoby zastrzeżenie informacji w przedmiocie cen jednostkowych było niemożliwe z uwagi na brzmienie art. 222 ust, 5 pkt 2 NPZP w zw. z art, 18 ust, 3 NPZP.

11. Odwołujący podkreśla, że prawdą jest, iż biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego godzi się, że pewne informacje będą dostępne dla innych podmiotów oraz ponosi ryzyko, które ewentualnie może wynikać z tego faktu, tym niemniej przy określaniu zakresu tych informacji należy brać pod uwagę każdorazowo specyfikę prowadzonego postępowania, charakter zastrzeganych informacji, ich charakter, ilość i rodzaj. Tym samym, zdaniem Odwołującego nie jest prawdą, że w każdym przypadku „przygotowanie cen jednostkowych dla warunków danego postępowania samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat tych cen jednostkowych ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa", jak wskazuje Zamawiający. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający powołał się w piśmie z dnia 20.08.2021 r. na wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2018 r. (KIO/KU 30/18), w którym Izba rozpatrywała sytuację, w której tajemnicą przedsiębiorstwa objęto tzw. „RCO", a więc rozbicie ceny ofertowej. W ww. wyroku wskazano m.in., że „pozycje zawarte w formularzu RCO zostały określone w sposób zagregowany (niektóre pozycje dotyczą całych obiektów budowlanych) i obejmowały składniki ceny mające charakter ryczałtu lub cen za komplet, bez rozbicia na bardziej szczegółowe elementy(...)". Tym samym sytuacji tej nie można w żadnym razie porównać z formularzem cenowym w niniejszym Postępowaniu, w którym Zamawiający wymagał wypełnienia niemalże 900 pozycji cenowych dotyczących usług/dostaw składających się na przedmiot zamówienia. W okolicznościach sprawy nie mamy do czynienia ze zagregowanymi wartościami, z których nie wynika sposób kalkulacji poszczególnych pozycji. W niniejszym Postępowaniu mamy setki opisanych szczegółowo pozycji, wyczerpujących wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia, z których wyczytać można sposób kalkulacji ceny i założenia polityki cenowej Konsorcjum PKPE.

12. W dalszej części pisma z dnia 20.08.2021 r. Zamawiający cytuje tendencyjnie wybrane fragmenty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum PKPE, „wytłuszczając" niektóre części uzasadnienia, z których — jak się zdaje — Zamawiający wywodzi, że ceny jednostkowe przygotowane zostały tylko na potrzeby niniejszego Postępowania (co uniemożliwia ich kwalifikację jako tajemnicę przedsiębiorstwa). Zdaniem Zamawiającego - bez szczegółowych informacji dotyczących przyjętych mechanizmów cenowych same informacje o cenie jednostkowej „nie pozwalają na ustalenie mechanizmu wyceny i może prowadzić jedynie do przewidywań w zakresie tak zaoferowanych cen".

13. Odnosząc się do powyższej argumentacji, Odwołujący podkreśla, że przedłożone Zamawiającemu wyjaśnienie w zakresie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowi kompletną i uzupełniającą się całość, stąd z fragmentów zdań

wyrwanych z kontekstu, nie można wywodzić wniosków przeciwnych do tych, do których prowadzi analiza pełnego tekstu wyjaśnień. Zamawiający zaś, powołując się na wybrane fragmenty uzasadnienia, nadaje im zupełnie inne znaczenie, niż wskazuje na to lektura pełnej argumentacji w nim zawartej. Przykładowo, Zamawiający wyboldował fragment uzasadnienia zastrzeżenia, w którym Odwołujący wskazał, że „zastrzegane kalkulacje zostały opracowane na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", podczas, gdy dalsza część tego zdania wskazuje, że „jednakże opierają się na know how

Wykonawcy wypracowanym przez lata i stanowiącym bazę metodyczną do wyceny każdego zamówienia". Nieprawdą jest więc fakt, że wykorzystane w niniejszym postępowaniu kalkulacje odnoszące się do wyceny przedmiotu zamówienia w Postępowania są opracowane w oparciu o całkowicie odrębne założenia cenowe, założenia polityki szacowania kosztów, niż te stosowane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których startuje Wykonawca i nie pozwalają ustalić tendencji i trendów stosowanych w wycenach podobnych usług.

14. W zakresie wycen specjalistycznych usług/dostaw, które dotyczą niniejszego Postępowania, Wykonawca oczywiście wziął pod uwagę szczegółowe wymagania SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i formularza cenowego, a także uwarunkowania biznesowe dotyczące konkretnego Zamówienia, a nawet konkretnych lokalizacji (części

zamówienia), tym niemniej działał również w oparciu o wypracowany i stanowiący bazę metodyczną do wyceny model kalkulacyjny zawierający elementy stosowanej przez niego polityki cenowej właściwej również innym postępowaniom o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji powyższego możliwość prześledzenia i analizy przez podmioty konkurujące z Wykonawcą danych o niespotykanym na rynku poziomie szczegółowości, pozwoli im uzyskać pewne informacje o strategii budowania ceny, Już choćby pobieżna analiza tych wyliczeń, zaprzecza tezie Zamawiającego, jakoby ceny jednostkowe nie pokazywały elementów założeń polityki cenowej Konsorcjum PKPE, na której buduje ona swoją przewagę konkurencyjną. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że ceny usług skalkulowane zostały nie tylko w oparciu o zapisy SWZ, ale metodyka wyceny bazuje na unikalnym na skalę krajową doświadczeniu i know-how Konsorcjum PKPE, ukazując stosowany sposób wyceny i stawki, a polityka cenowa Wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odtajnienie ww. dokumentów może stanowić ważną informację dla konkurencji w zakresie przedstawienia i ustalenia poziomów cen jednostkowych za poszczególne usługi/dostawy objęte przedmiotem zamówienia, a rozpowszechnianie tych informacji może zagrażać konkurencyjnej pozycji Wykonawcy w danym segmencie rynku. Dane w postaci wartości stawek jednostkowych stanowią źródło informacji dla konkurencji i mają charakter wrażliwy dla Konsorcjum PKPE.

15. Finalnie Zamawiający podnosi, że jakkolwiek Konsorcjum PKPE przedłożyło dowody, to dotyczą one jedynie przesłanki dotyczącej podjęcia działań w celu zachowania poufności. Zdaniem Zamawiającego brak przedłożenia dowodów posiadania przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej uzasadnia decyzję o odtajnieniu. Zamawiający nie wskazuje jakie dowody na tą okoliczność miałby przedstawić Odwołujący. Odwołujący w przedmiotowym zakresie nie ma możliwości pozyskania zewnętrznych dowodów, stąd w jego ocenie, za dowód miarodajny i wystarczający w okolicznościach sprawy należy uznać oświadczenie Konsorcjum PKPE ujęte w wyjaśnieniach. Odwołujący podkreśla ponadto, że przepis art. 18 ust. 3 NPZP nie nakazuje wykonawcy udowodnić zamawiającemu zaistnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w określonych sytuacjach. Zgodnie z tym przepisem wykonawca tajemnicę przedsiębiorstwa wykazać. Powyższe oznacza, że oczekiwanie od wykonawcy złożenia każdorazowo konkretnych dowodów nie jest uzasadnione. Pojęcie „wykazanie" ujęte w art. 18 ust. 3 NPZP nie może być utożsamiane z pojęciem „udowodnienie", ponieważ takie podejście do przedmiotowego zagadnienia przeczyłoby zasadzie racjonalnego ustawodawcy, który w NPZP posługuje się zarówno pojęciem „wykazanie", jak i udowodnienie". Taki pogląd i rozumienie dyspozycji art. 18 ust. 3 NPZP są również zgodne z kierunkiem orzeczniczym wytyczonym przez KIO jeszcze na gruncie wcześniej obowiązującego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r. - przykładowo należy tu wskazać wyrok KIO 1410/19) czy wyrok KIO 330/20).

16. Odnosząc się do argumentu Zamawiającego w zakresie rzekomej lakoniczności, czy nadmiernej ogólności wyjaśnień w zakresie wartości gospodarczej, Odwołujący podkreśla, że przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia tajemnicy mają charakter szczegółowy i odnoszą się w sposób kompletny zarówno do formalnych, jak i merytorycznych podstaw zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy wskazać, iż wykazanie, że określone informacje mają wartość gospodarczą nie sprowadza się co do zasady do wskazania skonkretyzowanej wartości wyrażonej w określonej sumie pieniężnej. Powyższe wynika wprost z orzecznictwa KIO:

-„ wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w

możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej" (wyrok KIO 2743/15);

- „Wystarczy, że ujawnienie tych informacji może narazić przedsiębiorcę na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym i handlowym, której konkurencja nie posiada." (wyrok KIO 188/16).

Jak wynika z powyższego wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji nie wymaga wskazywania Zamawiającemu określonej kwoty, czy tym bardziej udowadniania takiej wartości. Izba wielokrotnie wskazywała, że wartość gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję, co wiązać się może z utratą przewagi konkurencyjnej. Zastrzeżone informacje są więc źródłem przyszłych zysków z potencjalnych. przyszłych kontraktów, zdobytych właśnie dzięki wspomnianej przewadze. Na te właśnie okoliczności Odwołujący powoływał się wielokrotnie w swoich wyjaśnieniach. Wyjaśnienia Odwołującego nie mają przy tym charakteru ogólnego, czy też lakonicznego, ale kompletny, rzeczowy i szczegółowy.

17. Odwołujący jeszcze raz podkreśla, że w warunkach gospodarki wolnorynkowej, w której konkurencja stanowi podstawową siłę napędową, informacja jest dobrem o wymiernej i istotnej wartości ekonomicznej. Jest ona równie cenna jak patenty, wzory użytkowe czy zdobnicze. Fakt, że konkurenci nie znają informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, umożliwia uzyskanie lepszej pozycji na rynku i umożliwiło złożenie konkurencyjnej oferty również w niniejszym Postepowaniu. Dlatego Odwołujący z całą mocą podkreśla, że nie godzi się na ujawnienie informacji przez niego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości

z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

(...)

II. Wraz z ofertą Odwołujący przekazał Zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie

zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa m. in. następujących dokumentów: - „Zał_1a_Arkusz_cen_jednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz -

„Zał_1b_Formularz_ofertowy_tajemnica_przedsiębiostwa".

III. Pismem z dnia 20.08.2021 r. nr ILG7.293.3.2021.23 (dalej jako: „Informacją o odtajnieniu") Zamawiający poinformował Odwołującego, że ujawnia część informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił w całości dokumenty pn.: - „Zał_1a_Arkusz_cen_jednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz - „Zał_1b_Formularz_ofertowy_tajemnica_przedsiębiostwa".

IV. Od czynności podjętych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania Odwołujący wniósł odwołanie z dnia 30.08.2021 r. Odwołujący w treści powyższego odwołania z dnia 30.08.2021 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1983 ze zm.), dalej: "Uznk", poprzez podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odtajnieniu części informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujących się w ofercie Odwołującego, tj.:

- „Zał_1a_Arkusz_cen_jednostkowych_tajemnica_przedsiębiorstwa" oraz

- „Zał_1b_Formularz_ofertowy_tajemnica_przedsiębiorstwa", pomimo iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, a Odwołujący zastrzegł je jako tajemnicę oraz skutecznie wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia.

V. Zamawiający nie podziela przedstawionych przez Odwołującego zarzutów i wnosi o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji.

VI. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił przyczyny podjęcia decyzji w zakresie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w Informacji o odtajnieniu. Z tych przyczyn argumentacja przedstawiona poniżej ogranicza się jedynie do

odpowiedzi na twierdzenia zawarte w odwołaniu.

VII. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności tego postępowania, powinno być interpretowane ściśle (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 720/21).

VIII. Odnosząc się zbiorczo do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w punktach 8 i 9 odwołania należy wskazać, że Zamawiający nie twierdzi, że jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego ma charakter absolutny. Zamawiający ma świadomość regulacji zawartych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 2176 j.t.), a także w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 305 j.t.). Należy podkreślić, że zawarte w tych przepisach zastrzeżenia dotyczące wyłączenia jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią wyjątek od zasad obowiązujących na gruncie wyżej wymienionych przepisów. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność dokonywania zawężającej interpretacji tych wyjątków. Zamawiający powinien więc ze szczególną ostrożnością oceniać informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, które prowadziłyby do istotnego ograniczenia jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być uwzględniana przy podejmowaniu decyzji o uznaniu określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie bez znaczenia jest również fakt, że w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp to na wykonawcy zastrzegającym określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania spełnienia przesłanek ustawowych wynikających z art. 11 ust. 2 Uznk. Jeżeli wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to zamawiający nie ma możliwości stosowania utrzymania tych informacji w tajemnicy jako wyjątku od zasady jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka sytuacja w ocenie Zamawiającego ma miejsce w Postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą podlegać elementy umowy, które stanowią ogólne (nawet w przypadku ich rozbicia na mniejsze jednostki) informacje dotyczące ustalania wynagrodzenia w ramach umowy, a ponadto mają wartość gospodarczą przedsiębiorstwa jedynie w subiektywnym odczuciu wykonawcy, jak ma to miejsce w Postępowaniu. W ramach Postępowania nie będziemy mieli do czynienia z wyjątkiem uprawniającym do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części umowy o realizację zamówienia publicznego, w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego.

IX. Podkreślenia wymaga, że ceny jednostkowe stanowią w Postępowaniu podstawę ustalenia sposobu rozliczeń wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację zamówienia, w związku z czym wyrażają realne wynagrodzenie z tytułu realizacji umowy. Oznacza to, jak już uprzednio wskazano w Informacji o odtajnieniu, że ceny jednostkowe stanowią informacje o cenie, które w świetle przepisów ustawy Pzp nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

X. Zdaniem Zamawiającego nietrafny jest wniosek, jakoby wykładnia literalna treści art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp była wystarczająca dla dokonania prawidłowej interpretacji tego przepisu. W treści art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca posłużył się bowiem pojęciem „cen" w liczbie mnogiej. Z jednej strony może to prowadzić do wniosku, że chodzi o ceny w złożonych „ofertach" (również w liczbie mnogiej), gdyż pojęcie to dotyczy potencjalnej mnogości złożenia ofert w postępowaniu. Natomiast z drugiej strony analizując literalne brzmienie przepisu można dojść do wniosku, że ustawodawca uwzględnił mnogość samych cen z uwagi na możliwe warianty ukształtowania kryteriów oceny ofert odnoszących się do ceny (nie odnoszące się wyłącznie do ceny „globalnej") lub do sytuacji, w której zamawiający wymagają wskazania przez wykonawców właśnie cen szczegółowych w dokumentach składanych w toku postępowania. Z uwagi na brak oczywistego wniosku w tym zakresie i biorąc pod uwagę fakt, że przepis art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie zawiera ograniczeń przykładowo do ceny całkowitej wynikającej z oferty, warto w tym zakresie odwołać się do orzecznictwa. Można przywołać chociażby wskazany w treści Informacji o odtajnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 18 listopada 2015 r., wydany w sprawie o sygn. akt: IV SA/Wr 542/15, w którym stwierdzono, że informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie: art. 222 ust. 5 ustawy Pzp), należy rozumieć jak najszerzej. W tym rozumieniu za informacje o cenach, o których mowa w art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, należałoby także uznać ceny jednostkowe. Zasadne w tym miejscu wydaje się także odwołanie do wykładni historycznej - skoro ustawodawca uchwalając treść art. 222 ust. 5 ustawy Pzp ograniczył zakres tego przepisu w stosunku do treści art. 86 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (chociażby poprzez brak obowiązku publikacji informacji o terminie wykonania zamówienia), to gdyby intencją było dalsze zawężenie przepisu w zakresie odnoszącym się do ceny, to z pewnością znalazłoby to wyraz w treści art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

XI. Nietrafiony jest także argument Odwołującego, jakoby brak ujęcia przez Zamawiającego

cen jednostkowych w ramach informacji, o której mowa w art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, świadczył o tym, że sam Zamawiający uznaje, że ceny jednostkowe nie są objęte zakresem zakazu, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Należy podnieść, że Odwołujący zastrzegł ceny jednostkowe jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie mógł więc opublikować cen jednostkowych przed przeprowadzeniem procedury związanej z ich ujawnieniem. Mogłoby to bowiem doprowadzić do nieuprawnionego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreśla przy tym, że w jego ocenie informacje zastrzeżone przez Wykonawcę nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie jest jednak w stanie absolutnie wykluczyć sytuacji, w której określony organ administracji publicznej lub sąd powszechny wyprowadzi wniosek odmienny. Działanie polegające na ujawnieniu informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa bez przeprowadzenia stosownej procedury przy jednoczesnej świadomości istnienia możliwości odwoławczych wobec takiej czynności byłoby nierozsądne i niezgodne z interesem Zamawiającego. Argumentacja Odwołującego w tym zakresie jest oczywiście nietrafiona.

XII. Ponadto podkreślenia wymaga, że Załączniki do oferty zawierające ceny jednostkowe stanowiły integralną część oferty, zatem należy je również uznawać za informacje o cenie w przedmiotowym Postępowaniu. Informacje o cenach jednostkowych w okolicznościach sprawy w kontekście zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego mają wręcz istotniejsze znaczenie od maksymalnej ceny z tytułu realizacji zamówienia, ponieważ stanowią bezpośrednią podstawę ustalenia wynagrodzenia na podstawie § 12 ust. 1 Wzoru umowy. Z treści przywołanego postanowienia wynika, że: „Z tytułu należytego wykonania Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie (dalej: Wynagrodzenie) obliczone w oparciu o ceny wskazane w złożonej przez Wykonawcę ofercie - Załącznik nr 14 do Umowy.”.

XIII. Odwołujący twierdzi, że „Zamawiający cytuje tendencyjnie wybrane fragmenty uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zamawiający twierdzi natomiast, że w Informacji o odtajnieniu cytował istotne dla rozstrzygnięcia fragmenty tego uzasadnienia. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego w Informacji o odtajnieniu wybiera orzeczenia, z którymi polemizuje pozostawiając inne bez odniesienia. Przykładowo, Odwołujący twierdzi, że nieadekwatne dla niniejszej sprawy są argumenty zawarte w uchwale o sygn. akt: KIO/KU 30/18. Nie odnosi się natomiast do wniosków zawartych w przywołanych przez Zamawiającego w Informacji o odtajnieniu wyrokach wydanych w sprawach: IV SA/Wr 542/15 oraz KIO 108/15, które to wyroki zostały przytoczone przez Zamawiającego w tym samym kontekście, co uchwała wydana w sprawie o sygn. akt: KIO/KU 30/18. Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego wnioski zawarte w uchwale wydanej w sprawie o sygn. akt: KIO/KU 30/18 można wykorzystać w niniejszej sprawie, chociażby z tego względu, że Izba w tej sprawie uznała: „Nie wiadomo również, jakie zasługujące na ochronę know-how możliwe jest do wyczytania z wpisanych do formularza RCO wartości. Wbrew twierdzeniom wykonawcy treść tego dokumentu nie pozwala powziąć wiedzy na temat sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej. Trudno również dopatrzeć się wskazanej przez wykonawcy możliwości zastosowania cen jednostkowych wprost w kolejnych postępowaniach”. Odwołujący przywołując uchwałę wydaną w sprawie o sygn. akt: KIO/KU 30/18 pominął powyższe

twierdzenia Izby. W ocenie Zamawiającego przedmiotowe wnioski wynikające z ww.

uchwały, a pominięte przez Odwołującego, można uznać jako adekwatne w całości do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które przedstawił Odwołujący w Postępowaniu, a zatem popierające stanowisko Zamawiającego. Warto także zauważyć, że fakt konieczności wypełnienia 900 pozycji wynika z tego, że Postępowanie zostało podzielone na 23 części. W istocie więc przy ocenie szczegółowości formularza powinien być rozpatrywany iloraz tych wartości. Dodatkowo wykonawcy wskazywali wartości jednostkowo dla każdego roku, w którym obowiązywać ma umowa zawarta w wyniku Postępowania (łącznie cztery lata).

XIV. Zdaniem Zamawiającego, w Postępowaniu w oparciu o ceny jednostkowe nie sposób wywnioskować szczegółowych elementów składających się na politykę cenową Odwołującego. Ustalenie cen jednostkowych nastąpiło bowiem na podstawie dalszych szczegółowych składowych, w tym kosztów pośrednich i bezpośrednich i innych elementów. Ceny jednostkowe stanowią rezultat takich wyliczeń. Na podstawie jawnych mechanizmów umownych nie sposób wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiej, a nie innej ceny jednostkowej. Co warte podkreślenia, sam Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stwierdził, że mechanizm kalkulacji ceny nie jest możliwy do odtworzenia w oparciu o dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Możliwe jest odtworzenie jedynie tendencji i trendów strategii budowania ceny (a contrario: nie zaś samej strategii). Wobec zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyjątkowego charakteru odstępstw od tej zasady, zdaniem Zamawiającego okoliczności te nie są wystarczające dla utrzymania w tajemnicy informacji zastrzeżonych

przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego po lekturze uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wiadomo jakie zasługujące na ochronę know-how możliwe jest do wyczytania z wpisanych do formularzy cenowych wartości. Treść tych dokumentów nie pozwala ustalić sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej. Wskazane przez Odwołującego informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Odwołującego. Mimo, iż ceny jednostkowe stanowią informacje bardziej szczegółowe niż maksymalna cena całkowita, nie zmienia to faktu, że ceny jednostkowe w tym Postępowaniu nie wskazują wprost na elementy organizacyjne czy dotyczące polityki cenowej, których ujawnienie narażałoby na utratę przez Odwołującego przewagi konkurencyjnej. Z cen jednostkowych nie wynikają bowiem informacje wpływające na przewagę konkurencyjną Odwołującego.

Przedmiotowe okoliczności przesądzają o braku wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

XV. Fakt, że Załącznik nr 1a stanowi integralną część oferty wynika również z rozdziału XVII ust. 2 i 3 SWZ („Wykonawca wraz z Formularzem ofertowym składa załącznik do Formularza ofertowego zawierający 3 zakładki. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje załącznika do Formularza ofertowego. Ceny jednostkowe należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Oferta zawierająca choćby jedną niewycenioną pozycję załącznika do Formularza ofertowego zostanie odrzucona. Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji załącznika do Formularza ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji.”). Treść przywołanego ust. 3 rozdziału XVII SWZ wskazuje również, że ceny jednostkowe składają się z dalszych elementów cenowych, co dodatkowo świadczy o tym, że samo wskazanie cen jednostkowych nie może bezpośrednio wyznaczać sposobu ustalania tych cen. Ustalenie tych cen musi bowiem zostać poprzedzone określeniem wartości bardziej szczegółowych elementów cenowych, które nie zostały ujawnione w dotychczasowych dokumentach Postępowania.

XVI. Odwołujący wskazuje, że ceny jednostkowe są ustalane indywidualnie w ramach każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże ustalenia te wynikają z bliżej niesprecyzowanego know-how tego wykonawcy, które jest wykorzystywane także w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Zamawiającego nie ma możliwości ujawnienia mechanizmu wyceny oferty używanego w innych postępowaniach, gdyż ceny jednostkowe wskazane w Postępowaniu wprost (czy nawet pośrednio) nie ujawniają takiego mechanizmu (o ile rzeczywiście zostały przez Odwołującego wyliczone na podstawie takiego mechanizmu). Powyższe okoliczności potwierdza uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym wskazano, że mechanizm kalkulacji ceny nie jest możliwy do odtworzenia w oparciu o dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Możliwe jest odtworzenie jedynie tendencji i trendów strategii budowania ceny, co zdaniem Zamawiającego nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 Uznk. Nawet w przypadku, gdyby Odwołujący kierował się pewnymi uniwersalnymi metodami wyceny, to powinien wykazać na jakich założeniach i zgodnie z jakimi schematami metody te się kształtują i na czym polega ich wyjątkowość oraz w jaki sposób jest w stanie w oparciu o zastrzegane informacje uzyskać przewagę konkurencyjną. Nie sposób stwierdzić, aby w Postępowaniu doszło do takiego wykazania.

XVII. Należy podkreślić, że za dowód na wykazanie powyższej okoliczności nie można uznać oświadczenia własnego Odwołującego, ponieważ nie wynikają z niego informacje wskazujące na potencjalną wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji (chociażby ze względów opisanych powyżej w punktach XIV i XV). Z najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika zasadniczo, że przez „wykazanie” należy rozumieć „udowodnienie” (tak wyrok KIO 636/21, w którym stwierdzono, że „Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje”, wyrok KIO 20/21, czy też wyrok KIO 3483/20, w którym Izba stwierdziła, że: „Z ww. argumentacji przystępującego w żaden sposób nie wynika, aby zastrzeżone informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie przystępującego na rynku. Przystępujący nie wykazał także, jaka konkretnie wiedza (które elementy zastrzeżonych informacji) i w jaki sposób może pozwolić konkurentom na kształtowanie ich polityki cenowej i jaki realny skutek może to wywrzeć na jego sytuację rynkową. Wyjaśnienia przystępującego zawierają szereg ogólników, które nie odnoszą się do tego rodzaju informacji, jakie zostały zastrzeżone i nie mogą stanowić "wykazania" zasadności zastrzeżenia, którego wymaga ustawodawca od wykonawcy w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Podkreślenia wymaga, że wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, obciąża wykonawcę. Nie jest więc rolą Zamawiającego wskazywanie środków dowodowych lub innych poza dowodowych okoliczności, które mogą świadczyć o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. To Odwołujący jako podmiot,

w którego interesie leży skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa powinien wykazać aktywność, aby możliwe było jednoznaczne stwierdzenie, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą. Nie sposób w tym zakresie bazować jedynie na oświadczeniu, że z zastrzeganych informacji można potencjalnie odczytać pewne „trendy", „tendencje" czy „strategie". Jakiekolwiek „domysły" konkurencji nie mogą zdaniem Zamawiającego zachwiać pozycji konkurencyjnej Odwołującego. Zastrzeżone informacje nie ujawniają bowiem istotnych elementów strategii cenowej, które mogłyby domysły przeobrazić w wymierną wiedzę o strategii Odwołującego.

XVIII. Zamawiający podkreśla, że instytucja tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może służyć do jej wykorzystywania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Nadużycie w tym zakresie pozbawia bowiem możliwości weryfikacji przez konkurentów prawidłowości złożonej

oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca - FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie - także wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2570/21

Odwołujący - JANASZEK ELECTRIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z art.

11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez odtajnienie (ujawnienie)

przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pomimo, że Wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 20 sierpnia 2021r. odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz utrzymanie zastrzeżenia złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą w zakresie dokumentu pn. „Aktualny Załącznik do formularza ofertowego JANASZEK"

Wskazał, że: „Odwołujący bezsprzecznie posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą PZP. Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż złożył ważna, niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu a wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności Zamawiającego powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu polegająca na utracie przewagi konkurencyjnej w niniejszym postępowaniu oraz w postępowaniach przyszłych wskutek poznania przez innych Wykonawców szczegółowych cen jednostkowych stosowanych przez Odwołującego. Gdyby nie sprzeczność z prawem objętych odwołaniem zaniechań i czynności Zamawiającego, konkurencja nie posiadałaby wiedzy na temat szczegółów kształtowania cen jednostkowych przez Odwołującego. Ponadto - w wyniku w/w naruszeń przepisów Ustawy może dojść do następczego unieważnienia postępowania - co także naraziłoby Odwołującego na poniesienie szkody".

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym zarzutów podał:

Odwołujący w przewidzianym art. 18 ust. 3 ustawy PZP terminie zastrzegł, że dokument pn. pn. „Aktualny Załącznik do formularza ofertowego JANASZEK" stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), oraz, że nie może zostać on udostępniany innym Wykonawcom. Nadto, Odwołujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca przedłożył szczegółowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ramach którego wskazał na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające objęcie przedłożonych informacji w zakresie szczegółowych cen jednostkowych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywistym jest, że informacje na temat stosowanych cen jednostkowych stanowią istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, która pozwala Wykonawcy na utrzymywanie jego przewagi

konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. Wykonawca wykazał, że informacje na temat cen jednostkowych zawierają strategię przygotowania oferty, pozwalająca na uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi uczestnikami wąskiego rynku elektroenergetyki (za KIO 2792/14). Co więcej Wykonawca wskazał, że informacje na temat cen jednostkowych podawane są nie tylko na potrzeby tego konkretnego postępowania, ale również innych postępowań przetargowych w związku z czym posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (tak: KIO 2784/14). Konsekwentnie Odwołujący dowiódł, że informacje na temat cen jednostkowych posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą oraz stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie tylko na użytek konkretnego postępowania. Informację na temat stosowanych szczegółowych stawek jednostkowych mają dla przedsiębiorstwa Odwołującego wartość gospodarczą w ustalonym okresie czasu (co najmniej najbliższe 12 miesięcy) istotną dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku. Zamawiający uzasadniając odmowę uznania tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie objętym zastrzeżeniem podnosił, że dane zawarte w zastrzeżonym formularzu cenowym stanowić będą załącznik nr 14 do Umowy zawartej z przyszłym Wykonawcą a tym samym będą jawne. Z tezą Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Załączniki do Umowy zawartej z Wykonawcą zamówienia publicznego nie stanowią informacji publicznej i nie podlegają udostępnieniu w trybie przewidzianym w ustawie o dostępie do informacji publicznej co potwierdza aktualne orzecznictwo Sądów Administracyjnych min. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 4 czerwca 2019 r. II SAB/Wa 202/19 zgodnie z którym: „Skoro ustawodawca wprost wskazał, że umowy na realizację zamówienia publicznego są jawne i podlegają udostępnieniu w trybie przewidzianym w u.d.i.p., to a contrario - informacje związane z realizacją umowy nie są jawne i nie podlegają udostępnieniu w trybie przepisów ww. ustawy. Tym samym sam fakt, że dane stanowić będą podstawę rozliczeń z przyszłym Wykonawcą zamówienia publicznego oraz formularz cenowy stanowić będzie załącznik nr 14 do Umowy nie przesądza w żaden sposób że nie może zostać objęty klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa oraz pozostać tajny. Podkreślił, że w wyroku z dnia 25 lutego 2014 r. KIO zajęła stanowisko, zgodnie z którym „Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym”.

Wykonawca uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnił, że dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy, obejmują szczegółowe informacje dotyczące cen jednostkowych wartości świadczonych usług w poszczególnych podbranżach. Ceny jednostkowe stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa obejmują stosowane przez Wykonawcę stawki za poszczególne jednostkowe usługi w konkretnych podbranżach tj. min.:

serwis awaryjny gr. I - punkty świetlne - (szt.)
serwis awaryjny gr. II - punkty świetlne - (szt.)
serwis awaryjny gr. I - gniazdo 1 - fazowe - (szt.)
serwis awaryjny gr. II - gniazdo 1 - fazowe - (szt.)
I - gniazdo 3 - fazowe - (szt.)

II - gniazdo 3 - fazowe - (szt.)

obsługa techniczna - oględziny i konserwacja - punkty świetlne - (szt.)
obsługa techniczna - oględziny i konserwacja - gniazdo 1 - fazowe - (szt.)
obsługa techniczna - oględziny i konserwacja - gniazdo 3 - fazowe - (szt.)
przegląd roczny - punkty świetlne - (szt.)

przegląd roczny - gniazdo 1 - fazowe - (szt.)
przegląd roczny - gniazdo 3 - fazowe - (szt.)
przegląd 5 - letni - punkty świetlne - (szt.)
przegląd 5 - letni - gniazdo 1 - fazowe - (szt.)
przegląd 5 - letni - gniazdo 3 - fazowe - (szt.)
przegląd 5 - letni - punkty odgromowe - (szt.)

Nadto, Odwołujący wykazał, że żądany przez Zamawiającego zakres danych na temat stawek jednostkowych stanowi bardzo szczegółowy i specyficzny zestaw informacji obrazujących szczegółowe stawki jednostkowe stosowane przez przedsiębiorstwa działające w branży usług utrzymaniowych elektroenergetyki. Oczekiwane przez Zamawiającego dane obrazują szczegółowe stawki jednostkowe za większość usług standardowo świadczonych w

tej branży dla wszystkich Klientów (nie tylko Zamawiającego). W konsekwencji przedstawiony zasób danych dotyczy nie tylko parametrów i wskaźników finansowych szacowanych dla niniejszego zamówienia, lecz również takich, które osiągnięte zostały przy realizacji innych zamówień publicznych. Tym samym informacje te w sposób precyzyjny obrazują sposób działania Wykonawcy na wąskim rynku specjalistycznych usług. Nadto, w ocenie Odwołującego szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych za poszczególne usługi przedstawiona w załączniku do formularza oferty obrazuje kompletny zestaw stawek za większość usług specyficznych dla przedsiębiorców działających w branży. Ujawnienie tych informacji umożliwi innym zainteresowanym podmiotom uzyskanie wiedzy na temat stawek jednostkowych u danego wykonawcy i pozyskanie wiedzy dającej przewagę konkurencyjną w innych zamówieniach publicznych. Odwołujący ponownie podkreśla, że przyjęta przez Wykonawcę metodologia wyceny (uwzględniająca informacje wskazane powyżej) ma walor reprezentatywności i stałości rozumiany w ten sposób, że jest ona stała i wspólna dla postępowań przetargowych w których bierze udział Wykonawca. Sama metodologia, sposób wyceny nie ulega zmianie i jest stała. Tym samym stanowi walor Wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. W ocenie Odwołującego pozyskanie przez konkurencyjnych wykonawców informacji objętych szczegółową kalkulacją a wskazanych powyżej może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej Wykonawcy oraz skutkować poniesieniem szkody w wielkich rozmiarach - utraty zysku z przyszłych kontraktów. Podkreślić należy, że dane dotyczące poziomu cen jednostkowych, są to informacje istotne gospodarczo, których ujawnienie może spowodować poniesienie niewymiernych strat przez wykonawcę, którego dotyczą (tak KIO 1618/18). Odwołujący wykazał także, że w obszarze przesłanki formalnej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. zamanifestowania w sposób zewnętrzny woli zachowania określonych informacji w poufności dochował należytej staranności a informacje dotyczące sposobu wyceny nie zostały upublicznione, w szczególności nie zostały zamieszczone na stronie internetowej wykonawcy. Nie zostały także w żaden inny sposób podane do wiadomości publicznej. W konsekwencji zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zasada poufności wyrażona w art. 18 ust. 3 ustawy PZP oraz Dyrektywie 2014/24/UE, wyrażająca się w obowiązku zachowania przez zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, jest równie ważną jak zasada jawności postępowania. Zgodnie z Dyrektywą, „instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.” Zachowanie poufności zastrzeżonych informacji stanowi gwarancję zapewnienia niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, w tym także rzetelnego wyjaśniania poziomu zaproponowanej ceny w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego. Jak stanowi pkt 34 i 35 wyroku TS UE z 14.02.2008 r. w sprawie C-450/06 „Podstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję. Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach.”

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w

całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji. W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

(...)

II. Wraz z ofertą Odwołujący przekazał Zamawiającemu oświadczenie w przedmiocie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa m. in. dokumentu pn. „Aktualny Załącznik do formularza ofertowego JANASZEK”.

III. Pismem z dnia 20.08.2021 r. nr ILG7.293.3.2021.24 (dalej jako: „Informacją o odtajnieniu”) Zamawiający poinformował Odwołującego, że ujawnia część informacji zastrzeżonych w jego ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający ujawnił w całości dokument pn.: „Aktualny Załącznik do formularza ofertowego JANASZEK”.

IV. Od czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie dnia 30.08.2021 r. Odwołujący w treści powyższego odwołania z dnia 30.08.2021 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 Ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), dalej: „Uznk”, poprzez odtajnienie (ujawnienie) przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Uznk, pomimo że Wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał,

że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

V. Zamawiający nie podziela przedstawionych przez Odwołującego zarzutów i wnosi o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego

argumentacji.

VI. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił przyczyny podjęcia decyzji w zakresie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w Informacji o odtajnieniu. Z tych przyczyn argumentacja przedstawiona poniżej ogranicza się jedynie do odpowiedzi na twierdzenia zawarte w odwołaniu.

VII. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności tego postępowania, powinno być interpretowane ściśle (por. przykładowo wyrok KIO z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 720/21).

VIII. Warto zaznaczyć, że treść odwołania stanowi w istotnej części powtórzenie twierdzeń zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą w Postępowaniu. Z uwagi na powyższe Odwołujący nie przedstawił w istocie argumentacji odnoszącej się do kwestii podniesionych przez Zamawiającego w Informacji o odtajnieniu.

IX. Odwołujący stwierdza: „Oczywistym jest, że informacje na temat stosowanych cen jednostkowych stanowią istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, która pozwala

Wykonawcy na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży". Zdaniem Zamawiającego wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie jest oczywista i powinna być wykazana przez Odwołującego w

chwili dokonywania zastrzeżenia, co nie miało miejsca w Postępowaniu.

X. Zdaniem Zamawiającego, w oparciu o ceny jednostkowe nie sposób wywnioskować szczegółowych elementów składających się na strategię cenową Odwołującego, przez co nie wiadomo, jakie zasługujące na ochronę know-how możliwe jest do wyczytania z przedstawionych cen jednostkowych. Zdaniem Zamawiającego treść tego dokumentu nie

pozwala powziąć wiedzy na temat sposobu grupowania i minimalizacji kosztów,

kształtowania zysku czy innych elementów strategii cenowej. Trudno również dopatrzeć się możliwości zastosowania cen jednostkowych wprost w kolejnych postępowaniach (por. w tym zakresie uchwała z dnia 2 sierpnia 2018 r., podjęta w sprawie o sygn. akt: KIO/KU 30/18). Ustalenie cen jednostkowych nastąpiło bowiem na podstawie dalszych szczegółowych składowych, w tym kosztów pośrednich i bezpośrednich i innych elementów. Ceny jednostkowe stanowią rezultat takich wyliczeń. Na podstawie jawnych mechanizmów umownych nie sposób wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiej, a nie innej ceny jednostkowej. Wskazane przez Odwołującego informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Odwołującego. Mimo, iż ceny jednostkowe stanowią informacje bardziej szczegółowe niż maksymalna cena całkowita, nie zmienia to faktu, że ceny jednostkowe w tym Postępowaniu nie wskazują wprost na elementy organizacyjne czy dotyczące polityki cenowej, których ujawnienie narażałoby na utratę przez Odwołującego przewagi konkurencyjnej. Z cen jednostkowych nie wynikają bowiem informacje wpływające na przewagę konkurencyjną Odwołującego. Przedmiotowe okoliczności przesądzają o braku wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

XI. Warto także zauważyć, że Załącznik nr 1a stanowi integralną część oferty, co wynika z rozdziału XVII ust. 2 i 3 SWZ („Wykonawca wraz z Formularzem ofertowym składa załącznik do Formularza ofertowego zawierający 3 zakładki. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje załącznika do Formularza ofertowego. Ceny jednostkowe należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Oferta zawierająca choćby jedną niewycenioną pozycję załącznika do Formularza ofertowego zostanie odrzucona. Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji załącznika do Formularza ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji."). Treść przywołanego ust. 3 rozdziału XVII SWZ wskazuje, że ceny jednostkowe składają się z dalszych elementów cenowych, co dodatkowo świadczy o tym, że samo wskazanie cen jednostkowych nie może bezpośrednio wyznaczać sposobu ustalania tych cen. Ustalenie tych cen musi bowiem zostać poprzedzone określeniem wartości bardziej szczegółowych elementów cenowych, które nie zostały ujawnione w dotychczasowych dokumentach Postępowania.

XII. Powołane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, nie dotyczą zastrzeżenia cen jednostkowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyrok wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2792/14 rozstrzygał kwestie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień treści oferty wykonawcy, natomiast wyrok wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2784/14 rozstrzygał kwestię zasadności zastrzeżenia wykazów osób oraz usług. W odróżnieniu od wyroków i uchwał przedstawionych przez Zamawiającego w Informacji o odtajnieniu (odnoszących się do kwestii niemożliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa cen jednostkowych służących do obliczenia wynagrodzenia umownego np. wyroku i uchwały wydanych w sprawach o sygn. akt: odpowiednio KIO 108/15 oraz KIO/KU 30/18), wyroki przedstawione przez Odwołującego odnoszą się wyłącznie do ogólnych kwestii związanych z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie uzasadniających zastrzeżenia takiej tajemnicy w przedmiotowej sprawie. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, nie jest zasadne wykorzystanie w niniejszej sprawie wniosków płynących z uzasadnienia wyroków KIO 2792/14 oraz KIO 2784/14 w zakresie przywołanym przez Odwołującego, gdyż przywołane fragmenty nie są miarodajne w niniejszej sprawie.

XIII. Odwołujący nie zgadza się z tezą, że formularz cenowy, który ma stanowić załącznik nr 14 do Umowy, powinien być jawny. W odniesieniu do przedmiotowej kwestii Zamawiający w pierwszej kolejności zauważa, że stosownie do brzmienia § 24 ust. 4 zdanie 1 Wzoru umowy dla Postępowania, Załączniki do Umowy stanowią jej integralną część. W świetle powyższego załącznik do Umowy powinien być traktowany tak, jak sama Umowa. Jako załącznik do Umowy we Wzorze umowy dla Postępowania wskazano m. in. Kopię Formularza oferty Wykonawcy wraz z Załącznikami (Załącznik nr 14).

XIV. W tym miejscu należy podkreślić, że zastrzeżenia dotyczące wyłączenia jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 2176 j.t.) stanowią wyjątek od zasad obowiązujących na gruncie tej ustawy. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest konieczność dokonywania zawężającej interpretacji tego wyjątku. Zamawiający powinien więc ze szczególną ostrożnością oceniać informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, które prowadziłyby do istotnego ograniczenia jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego powinna być uwzględniana przy podejmowaniu decyzji o uznaniu określonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie bez znaczenia jest również fakt, że w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp to na wykonawcy zastrzegającym określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania spełnienia przesłanek ustawowych wynikających z art. 11 ust. 2 Uznk. Jeżeli wykonawca nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to zamawiający nie ma możliwości stosowania utrzymania tych informacji w tajemnicy jako wyjątku od zasady jawności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka sytuacja w ocenie Zamawiającego ma miejsce w Postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa nie mogą podlegać elementy umowy, które stanowią ogólne (nawet w przypadku ich rozbicia na mniejsze jednostki) informacje dotyczące ustalania wynagrodzenia w ramach umowy, a ponadto mają wartość gospodarczą przedsiębiorstwa jedynie w subiektywnym odczuciu wykonawcy, jak ma to miejsce w Postępowaniu. W ramach Postępowania nie będziemy mieli do czynienia z wyjątkiem uprawniającym do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części umowy o realizację zamówienia publicznego, w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego.

XV. Odwołujący niezasadnie również powołuje się na treść wyroku WSA w Warszawie wydanego w sprawie o sygn. akt: II SAB/Wa 202/19, ponieważ wyrok ten odnosi się do całkowicie odmiennego stanu faktycznego niż wynikającego z przedmiotowego Postępowania. Dotyczył on bowiem kwestii zasadności ujawnienia treści koncepcji wstępnej przebudowy linii średnicowej, który to dokument miał stanowić podstawę dla opracowania dokumentacji projektowej przygotowywanej w ramach realizacji umowy. Nie można zatem utożsamiać takiego dokumentu z zestawieniem cen jednostkowych, stanowiącym integralną część umowy oraz służących do ustalenia realnego wynagrodzenia za realizację umowy. W konsekwencji przytoczony wyrok nie ma odzwierciedlenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy i nie powinien być brany pod uwagę przy ocenie sprawy.

XVI. Argumentacja zawarta w ostatnim akapicie na stronie 4 odwołania oraz na stronie 5 odwołania w całości odnosi się do cen jednostkowych jako wyznaczników strategii cenowej Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, tak jak w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonym przez Odwołującego w Postępowaniu, z przedstawionej argumentacji nie wynikają informacje, które pozwalałyby na stwierdzenie, że same w sobie ceny jednostkowe ujawniają politykę cenową Odwołującego, a ich poznanie przez konkurencję spowoduje utratę przewagi konkurencyjnej Odwołującego, co z kolei pozwalałoby na stwierdzenie, że mają wartość gospodarczą. Aktualność w tym zakresie w pełni zachowuje argumentacja przedstawiona w punktach X i XI powyżej.

XVII. Odwołujący niezasadnie przy tym przytacza fragment uzasadnienia wyroku Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 31 sierpnia 2018 r. KIO 1618/18, który odnosił się do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia ceny w odróżnieniu od cen jednostkowych, mogą zawierać bardziej szczegółowe informacje, dotyczące metody obliczenia cen w ofercie (w tym elementów składających się na obliczenie cen jednostkowych). Tymczasem ceny jednostkowe, podobnie jak w przypadku ceny całkowitej, stanowią wynik pewnych składowych, których to składowych nie można ustalić na podstawie znajomości samej ceny jednostkowej.

XVIII. Na podstawie załączników zawierających ceny jednostkowe nie da się ustalić rzekomych założeń polityki cenowej oraz metod wyceny typowych i powtarzających się przy ustalaniu cen jednostkowych w innych postępowaniach, w których Odwołujący bierze udział. Ponadto, nawet w przypadku, gdyby Odwołujący kierował się pewnymi uniwersalnymi metodami wyceny, powinien udowodnić na jakich założeniach i zgodnie z jakimi schematami metody te się kształtują i na czym polega ich wyjątkowość oraz przewaga konkurencyjna, a w konsekwencji wartość gospodarcza.

XIX. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący twierdzi, iż ziściły się łącznie wszystkie przesłanki zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 2 Uznk, podczas gdy w odwołaniu nie zostały przedstawione kontrargumenty wobec określonych w Informacji o odtajnieniu brakach w wykazaniu i udowodnieniu ziszczenia się tych przesłanek.

XX. Zamawiający podkreśla, że instytucja tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może służyć do jej wykorzystywania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji. Nadużycie w tym zakresie pozbawia bowiem możliwości weryfikacji przez konkurentów prawidłowości złożonej

oferty.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca - FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie - także wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania podlegają oddaleniu.

W odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 2548/21 wniesionym przez Konsorcjum: PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Konsorcjum Energetyka) oraz w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 2570/21 wniesionym przez wykonawcę: JANASZEK ELECTRIC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (wykonawca Janaszek) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Kompleksowe utrzymanie urządzeń nietrakcyjnej elektroenergetyki kolejowej w latach 2022-2025” - Odwołujący podnieśli zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powyższy zarzut dotyczy decyzji

Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie z dnia 20 sierpnia 2021 r. o odtajnieniu w ofertach informacji ujętych w dokumentach pn.: „Zał_1a Arkusz_ cen Jednostkowych” oraz „Zał_1b_Formularz_ofertowy a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba powyższy zarzut uznała za niezasadny. Wykonawcy w składanych oświadczeniach nie wykazali, zdaniem Izby, że informacje podane w Formularzach co do kwot stawek jednostkowych w Załącznikach nr 1 oraz 1b do Formularza ofertowego stanowią tzw. know-how handlowe. Ceny usług skalkulowane na podstawie SWZ nie ukazują bowiem

- według twierdzeń Odwołujących - stosowanego sposobu wyceny, a stawki - polityki cenowej wykonawców. Odwołujący tym samym nie wykazali, że treść tych załączników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i tym samym korzysta ze szczególnej ochrony na gruncie przepisów ustawy Pzp.

Izba przede wszystkim zgodziła się z Zamawiającym, że załączniki do oferty zawierające ceny jednostkowe stanowią integralną część oferty i w przedmiotowym postępowaniu uznać te informacje należy za informacje o cenie. Tak jak wskazywał Zamawiający, załącznik nr 1a stanowi integralną część oferty, co wynika z rozdziału XVII ust. 2 i 3 SWZ („Wykonawca wraz z Formularzem ofertowym składa załącznik do Formularza ofertowego zawierający 3 zakładki. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje załącznika do Formularza ofertowego. Ceny jednostkowe należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Oferta zawierająca choćby jedną niewycenioną pozycję załącznika do Formularza ofertowego zostanie odrzucona. Poszczególne ceny jednostkowe każdej pozycji załącznika do Formularza ofertowego powinny uwzględniać wszelkie koszty pośrednie i bezpośrednie związane z realizacją danej pozycji i nie mogą być przenoszone do innych pozycji."). Przywołany ust. 3 rozdziału XVII SWZ wskazuje również, że ceny jednostkowe składają się z dalszych elementów cenowych, co dodatkowo świadczy o tym, że samo wskazanie cen jednostkowych nie może bezpośrednio wyznaczać sposobu ustalania tych cen. Ustalenie tych cen musi bowiem zostać poprzedzone określeniem wartości bardziej szczegółowych elementów cenowych, które nie zostały ujawnione w powoływanych przez Odwołujących dokumentach postępowania. Ponadto, tak jak wskazywał Zamawiający w odpowiedziach na odwołanie, informacje o cenach jednostkowych w okolicznościach sprawy w kontekście zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego mają wręcz istotniejsze znaczenie od maksymalnej ceny z tytułu realizacji zamówienia, ponieważ stanowią bezpośrednią podstawę ustalenia wynagrodzenia na podstawie § 12 ust. 1 Wzoru umowy. Z godnie z tym postanowieniem: „Z tytułu należytego wykonania Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie (dalej: Wynagrodzenie) obliczone w oparciu o ceny wskazane w

złożonej przez Wykonawcę ofercie - Załącznik nr 14 do Umowy.'". Tym samym te dane w

zawartej umowie również podlegają ujawnieniu.

Izba ponadto podkreśla, że instytucja tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zmierzać do

jej wykorzystywania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji czy też jej nadużycia w sposób, który pozbawia możliwości weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców prawidłowości złożonej oferty. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że z uzasadnień nie wynika, jakie zasługujące na ochronę z podanych w formularzy cenowych wartości wynika know-how. Treść tych dokumentów nie pozwala ustalić sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej. Wskazane zatem przez Odwołujących informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Odwołujących. Ceny jednostkowe stanowią informacje bardziej szczegółowe niż maksymalna cena całkowita, ale nie zmienia to faktu, że ceny jednostkowe w tym postępowaniu nie wskazują na elementy organizacyjne czy

dotyczące polityki cenowej, których ujawnienie narażałoby na utratę przez firmę Odwołujących przewagi konkurencyjnej na rynku usług, których dotyczy przedmiot zamówienia. Z cen jednostkowych nie wynikają informacje wpływające na przewagę konkurencyjną Odwołujących. Zamawiający słusznie zauważył, że nawet w przypadku, gdyby Odwołujący kierowali się pewnymi uniwersalnymi metodami wyceny, to powinni

wykazać na jakich założeniach i zgodnie z jakimi schematami metody te się kształtują i na czym polega ich wyjątkowość oraz w jaki sposób potencjalny wykonawca jest w stanie w oparciu o zastrzegane informacje uzyskać przewagę konkurencyjną. Tym samym należało

uznać, że Odwołujący nie wykazali wskazywanych w pismach okoliczności przemawiających za wartością gospodarczą informacji, czy ich know-how uzasadniających zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

32