Sygn. akt: KIO 3361/21

WYROK

z dnia 29 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Swietelsky A.G., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Swietelsky A.G., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Swietelsky A.G., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Swietelsky A.G., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków na rzecz zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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.

Przewodniczący .....

Sygn. akt: KIO 3361/21

Uzasadnienie

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: wykonanie robót budowlanych na

odcinku Padew-Mielec wraz z budową wiaduktu drogowego w km 289,400 w ramach projektu pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 25 na odcinku Padew-Mielec-Dębica". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

pod nr 2021/S 107-282773 w dniu 4 czerwca 2021 r.

W dniu 5 listopada 2021 r. Zamawiający powiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. w Krakowie, Swietelsky

A.G. w Linz, Republika Austrii, o decyzji odtajnienia przekazanych Zamawiającemu informacji zawartych w dokumentach stanowiących załączniki nr 1-6 do pisma ww. wykonawców z dnia 5 października 2021 roku, stanowiącego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które zastrzeżone przez ww. wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o.

w Krakowie, Swietelsky A.G. w Linz, Republika Austrii, na podstawie art. 513 pkt 1 w

związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. w Dz.U z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp", wnieśli odwołanie wobec

czynności Zamawiającego polegającej na zamiarze odtajnienia informacji zawartych w

dokumentach stanowiących załączniki nr 1-6 do pisma Odwołującego z dnia 5 października 2021 roku, stanowiącego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że Zamawiający swoim działaniem naruszył Pzp i inne ustawy, co ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1911 ze zm., zwanej

dalej „uznk"), poprzez odtajnienie dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo że Odwołujący wykazał, że dokumenty te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji także art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 513 pkt 1 Pzp Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w załącznikach do pisma Odwołującego z dnia 5 października 2021 roku stanowiącego odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w zakresie:

1. formularzy cenowych (w całości)

- KO-04 Obiekty inżynieryjne,
- KO-05 Elektroenergetyka do 1 kV
- KO-07 i KO-08 Perony _mała architektura i informacja
- KO-11-3 Branża elektryczna
- KO-11-4 Branża Teletechniczna
- KO-11-5-7 Branża gazowa - Kanalizacja sanitarna - Kanalizacja deszczowa

oraz częściowo:

- KO-01 Wymagania ogólne - wszystkie oferty podwykonawców str. 4 - 14,
- KO-02 Roboty torowe z geotechniką i odwodnieniem - oferty podwykonawców na str. 19 - 21, 23 - 27, 29 oraz 36 - 40,
- KO-03 Roboty drogowe - oferty podwykonawców nr str. 11 - 45,

- KO-10 Telekomunikacja - oferty podwykonawców na str. 1 - 13,

- KO-11-1 Branża Drogowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 8 - 31),

- KO-11-2 Branża Mostowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 3 - 12),

o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, a także - o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na fakty wskazane w uzasadnieniu pisemnym lub ustnym.

Odwołujący wyjaśnił, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów Pzp, w szczególności polegającą na tym, że wobec publiczności, w tym w szczególności wobec podmiotów konkurencyjnych zostaną ujawnione tajemnice ich przedsiębiorstw. Odwołujący wskazał, że jego oferta została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Bezprawne ujawnienie przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może skutkować poniesieniem szkody przez Odwołujących - zarówno w zakresie związanym z przedmiotowym postępowaniem jak i z przyszłą działalnością gospodarczą przedsiębiorstw Odwołującego. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje mają bowiem istotną wartość handlową, a ujawnienie ich może negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania przez Odwołującego na rynku kolejowych robót budowlanych, na których działają.

Odwołujący wskazał, że w toku postępowania Zamawiający przeprowadził w stosunku o jego oferty procedurę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie wezwania z dnia 24 września 2021 roku (pismem z dnia 29 września 2021 r. nastąpiła zmiana terminu na złożenie wyjaśnień). Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny dotyczyło następujących zagadnień:

1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

2) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10

października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub

przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia

podwykonawcy.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 5 października 2021 roku, do którego załączono 6 załączników, które w oparciu o art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk

Odwołujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy

przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał w przedmiotowym piśmie, że utajnia informacje

zawarte w załącznikach 1 - 6.

W dniu 5.11.2021 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze

odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, tj. częściowym odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie formularza cenowego:

KO-01 Wymagania ogólne - oferty wszystkich podwykonawców str. 4 - 14,

KO-02 Roboty torowe z geotechniką i odwodnieniem - oferty podwykonawców str. 19 - 21, 23 - 27, 29 oraz 36 - 40,

KO-03 Roboty drogowe - oferty podwykonawców str. 11 - 45,

KO-10 Telekomunikacja - oferty podwykonawców str. 1 - 13,

KO-11-1 Branża Drogowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 8 - 31,

KO-11-2 Branża Mostowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 3 - 12,

oraz w całości:

oświadczenie wykonawców stawki wynagrodzenia,

potwierdzenie niezalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne,

KO-04 Obiekty inżynieryjne,

KO-05 Elektroenergetyka

KO-07 i KO-08 Perony _mała architektura i informacja

KO-11-3 Branża elektryczna

KO-11-4 Branża Teletechniczna

KO-11-5-7 Branża gazowa - Kanalizacja sanitarna - Kanalizacja deszczowa

Odwołujący wskazał, że w dniu 8 listopada 2021 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wbrew stanowisku Zamawiającego Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Wykazali Zamawiającemu w sposób logiczny, spójny, szczegółowy i w miarę możliwości (wynikającej z obowiązku zachowania poufności w tym przede wszystkim wobec swoich podwykonawców) poparty dowodami, że przedstawione wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawarte w piśmie z dn. 5.10.2021 r., podlegają ochronie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Z praktyki rynkowej wynika, iż relacje gospodarcze, w tym wspólna realizacja dużych kontraktów budowlanych oparta jest nie tylko na aspektach technicznych (posiadaniu sprzętu, personelu, doświadczenia w realizacji robót specjalistycznych, dostępie do dostaw po cenach zawierających indywidualnie ustalone rabaty), ale także i przede wszystkim na zaufaniu partnerów. Odwołujący podkreślił, że treść ofert podwykonawców jest wynikiem często wieloletniej owocnej współpracy i stanowi wyraz jej dalszej kontynuacji, zatem ujawnienie danych o nazwach podwykonawców i wysokości oferowanych cen wraz z ich kalkulacjami będzie prowadzić do pogorszenia sytuacji Odwołującego na rynku i zakłóci konkurencję między podmiotami, działającymi na rynku tego typu robót budowlanych. Zdaniem Odwołującego, bezpodstawne jest przyjęcie, że skoro oferty podwykonawców nie zawierają klauzuli poufności, to wykonawca nie może traktować ich jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Oferty te były bowiem sporządzone i przygotowane przez wybranych i zaproszonych do ofertowania podwykonawców wyłącznie na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia i skierowane imiennie do Odwołującego. Stwierdzenie, że Wykonawca nie może objąć tajemnicą przedsiębiorstwa ofert podwykonawców i załączonych do nich kalkulacji z tego powodu, że podwykonawcy ci nie wprowadzili w treści swoich ofert klauzuli poufności jest chybione, jest zbyt daleko idące i bezpodstawne. O objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa uczestników Konsorcjum Swietelsky decydują ci uczestnicy, a nie ich kontrahenci - podwykonawcy. Nadto, brak zastrzeżenia o poufności w ofertach składanych przez podwykonawców jest oczywisty, i wynika z tego, że złożenie tych ofert stanowiło odpowiedzi na zapytania ofertowe Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., oferty były skierowane wyłącznie do Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. i sporządzone dla konkretnego postępowania i konkretnie określonego zakresu robót. Zdaniem Odwołującego, działający w zaufaniu podwykonawcy nie mogli spodziewać się, że ich oferty zostaną ujawnione nie tylko Zamawiającemu, ale też zainteresowanej konkurencji. Żaden z załączników do wyjaśnień nie zawiera wydruku z cennika ze strony internetowej danego podmiotu. Nawet brak zawarcia umowy o zachowaniu poufności z kontrahentem składającym ofertę Odwołujący nie świadczy o rezygnacji z utrzymania złożonych przez nich ofert w tajemnicy ani też nie świadczy, że Odwołujący nie podjął adekwatnych środków celem zachowania poufności ww. informacji. skoro nadal są stosowane inne, wykazane przez Odwołującego, środki ochrony tajemnicy zastrzeganych informacji, takie jak obowiązek poufności spoczywający na pracownikach posiadających ww. informacje czy wykazane środki bezpieczeństwa stosowane w przedsiębiorstwie Odwołującego. Odwołujący nie może

wykazać żadnymi dowodami okoliczności negatywnej, że nie ujawnia informacji - od jakich

podmiotów otrzymali oferty dotyczące realizacji zamówienia, ani też, że nie upublicznił informacji, jaka była konkretna treść pozyskanych ofert i że zadbał o to, by informacje nie zostały ujawnione osobom, na których nie spoczywa obowiązek zachowania ich w poufności. Podkreślił, że wykonawcy mają dowolność w zakresie wykazywania spełnienia warunków określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

Bezpodstawne jest też przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie był uprawniony do zastrzeżenia w całości załączników, stanowiących oferty podwykonawców i własnych kalkulacji cenowych. Dokumenty te nie zawierają żadnej innej treści, niż wyliczenie ceny ofertowej. Kalkulacja cenowa i oferta podwykonawcza w całości jest nośnikiem informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, jako jej adresata. Oczywistym jest, że elementy cenotwórcze są najbardziej newralgicznym obszarem działalności wykonawcy przesadzającym o jego pozycji na rynku a przez to konkurencyjności. Z tego punktu widzenia sugerowane przez Zamawiającego wykazywanie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie cen przy użyciu umów o zachowaniu poufności itp. jest nie tylko całkowicie bezpodstawne ale naruszające podstawowe filary działalności gospodarczej każdego wykonawcy bowiem oczywistym jest, że elementy cenotwórcze są immamentnie związane z tajemnicą przedsiębiorstwa jako taką. Odwołujący zrealizował wszelkie ustawowe wymogi zastrzegania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazane przez ustawodawcę w art. 18 ust. 3 Pzp, tj. przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz zastrzegł informacje z zachowaniem ustawowego terminu. Odwołujący podkreślił, że charakter i rodzaj utajnianych przez Odwołującego informacji, zgodnie z orzecznictwem KIO pozwala na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa

W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zaznaczył, że informacje zawarte w utajnianych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, jako że stanowią samodzielną wartość handlową w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem. Ekonomiczna wartość tych informacji wynika z faktu, że zawierają one dane pozwalające na uzyskanie wiedzy na temat aktywności gospodarczej przedsiębiorcy w odniesieniu do konkretnych kontrahentów, jak też stosowanych technologii, rozwiązań organizacyjnych, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami.

Odwołujący podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu 6 wykonawców na 16 zostało wezwanych do wyjaśnienia szczegółowego sposobu kalkulacji ceny. W dokumentach zamówienia Zamawiający nie wymagał, by oferenci przedstawiali szczegółowe rozbicie cen zaoferowanych czy to w postaci kosztorysu ofertowego, czy też szczegółowego rozbicia cen ofertowych. Doszło więc do sytuacji, w której znaczna część oferentów została zmuszona do wyjaśnień rzekomo rażąco niskiej ceny, pozostali zaś mogą pozostać przy cenie wskazanej w ich ofertach (bez szczegółowego rozbicia). Ponadto, w innym postępowaniu (na zaprojektowanie i realizację robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa obiektów inżynieryjnych wraz z likwidacją przejazdów kolejowo - drogowych w poziomie szyn na odcinku Jaworzno Szczakowa - Kraków na linii kolejowej nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Kraków Główny" dla budowy układów drogowych wraz z nowymi wiaduktami drogowymi w km 34,797; 43,152; 48,890; 53,042 oraz budowy nowych przejść podziemnych pod torami w km 50,918; 61,838 linii kolejowej nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice- Kraków Główny" - zamówienie częściowe nr 3 - wykonanie budowy układu drogowego wraz z nowym wiaduktem drogowym w km 48,890 linii kolejowej nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Kraków Główny w ciągu ul. Krzeszowickiej w Zabierzowie - Pisarach wraz z likwidacją przejazdu kolejowo - drogowego w poziomie szyn w km 48,841) Zamawiający diametralnie inaczej podszedł do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa i utajnił w całości wyjaśnienie rażąco niskiej ceny łącznie z uzasadnieniem zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących wyliczenia ceny ofertowej. Zatem konkurencyjne firmy nie mogły uzyskać informacji ani o sposobie uzyskania relatywnie niskiej ceny ofertowej, ani też zbadać, czy oferent - N. Mosty sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej prawidłowo oznaczył dane, stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa i w sposób należyty uzasadnił potrzebę ich utajnienia przed innymi uczestnikami postępowania. Odwołujący pozyskał ww. informacje ze względu uczestnictwo w tym postępowaniu przetargowym i wniesienie odwołania na wybór oferty wykonawcy N. Mosty sp. z o.o. przez Zamawiającego (sprawa do sygn. akt KIO 1773/21). Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego przez KIO do przedstawienia dowodu z akt postępowania, na podstawie art. 536 Pzp. W tej sytuacji przedstawiając Zamawiającemu pismo nr SWR/NL/AR/164/2021 z dn. 5.10.2021 r. uczestnicy Konsorcjum Swietelsky nie mogli racjonalnie zakładać, że skoro w jednej sprawie Zamawiający objął tajemnicą przedsiębiorstwa całość wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem tej ceny i załącznikami oraz uzasadnieniem objęcia całości wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, to w sprawie niniejszej ten sam Zamawiający podejmie decyzję całkowicie przeciwną - o ujawnieniu wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Swietelsky, w tym cen ofertowanych przez podwykonawców, sposobie ich wyliczenia i kręgu podwykonawców. Regularne uczestniczenie w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego oraz realizacja zawartych z Zamawiającym kontraktów generuje pomiędzy stronami stałe stosunki gospodarcze, co nakazuje przyjmować, że działania Zamawiającego są przewidywalne dla kontrahentów, a podejmowane decyzje nie zależą od tego, kogo mają dotyczyć.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o.; N.-Mosty Sp. z o.o. w Krakowie w dniu 19 listopada 2021 r. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podnosząc, że posiadają interes w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego, gdyż ich oferta zajmuje w rankingu ofert drugą pozycję — za ofertą Odwołującego, który w jego ocenie mógł złożyć ofertę z rażąco niską ceną, na co może wskazywać wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego w dniu 24.09.2021 r. Dopiero po odtajnieniu dokumentów z oferty Odwołującego możliwe będzie zweryfikowanie, czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a wobec tego, czy nie powinna zostać odrzucona.

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił w dniu 18 listopada 2021 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, podnosząc, że pozytywne rozstrzygnięcie odwołania pozwoli na weryfikację dokumentów Odwołującego i być może zmieni bieg wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że jego interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego uzasadnia już samo zainteresowanie wynikiem przedmiotowej sprawy odwoławczej.

Zamawiający, pismem z dnia 24 listopada 2021 r., złożył do akt sprawy w dniu 25 listopada 2021 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w piśmie.

Zamawiający wyjaśnił, że w postepowaniu złożone zostało 16 ofert, w tym oferta Odwołującego. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 września 2021 r. Odwołujący w dniu 5 października 2021 r. przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty. W ich treści Odwołujący zastrzegł, iż same wyjaśnienia, jak również wszystkie załączniki do nich dołączone, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 5 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż zamierza odtajnić niektóre z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach ceny oferty w całości, oraz niektóre w części. Zamawiający uzasadnił, iż Odwołujący nie zastrzegł skutecznie, że przekazane wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający przywołał treść art. 11 ust. 2 uznk oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 19.04.2021 r., KIO 576/21 oraz wyrok KIO z 11.06.2019 r., KIO 963/19). Wskazał, że formułowany w odwołaniu wniosek, jakoby obowiązek „wykazania" nie był równoznaczny z obowiązkiem „udowodnienia" jest całkowicie błędny i rozmija się z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych (orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok KIO z dnia 3 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 20/21). Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał prawidłowo, że spełnione zostały przesłanki do objęcia wskazanych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, w szczególności Odwołujący nie wykazał, że podjął działania do zachowania w poufności informacji na temat odtajnianych przez Zamawiającego dokumentów. Odwołujący nie udowodnił zastosowania żadnych zabezpieczeń dotyczących ofert podwykonawców jako wyjątkowych informacji. Wskazał jedynie na ogólne zabezpieczenia stosowane u wykonawcy. Zamawiający nie mógł więc przyjąć, że sama deklaracje o przyjęciu zasady nieudostępniania ofert podwykonawców oraz podjęciu stosownych działań w celu zachowania poufności były w tym zakresie wystarczające do udowodnienia spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk. Mając na względzie obowiązek wykazania, że podjęte zostały działania dążące do zachowania w poufności danej informacji, tak aby mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający wskazał, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że podwykonawcy traktują swoje oferty jako tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie natomiast z poglądem prezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławcza tajemnica przedsiębiorstwa dotycząca wycen powinna zostać skutecznie zastrzeżona zarówno po stronie kontrahenta wykonawcy jak i niego samego (Wyrok KIO z 25.09.2020 r., KIO 2123/20). Co więcej, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż nawet sam fakt zawarcia w umowie z podwykonawcą klauzuli poufności nie musi przesądzać o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający podkreślił, że nawet w sytuacji zawarcia przez Odwołującego umów z klauzulami o poufności i ich przedstawienia, co nie nastąpiło, nie wszystkie z ofert podwykonawców przesłanych wraz z wyjaśnieniami ceny oferty Odwołującego mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem prawdą, że zostały one przygotowane wyłącznie dla Odwołującego wskutek jego wieloletniej współpracy z tymi podmiotami jak sugeruje w odwołaniu. Zamawiający wskazał, że niektóre

z ofert podwykonawców Odwołującego zostały przygotowane również dla innych wykonawców, w identycznym brzmieniu. Tym samym nie można uznać, że osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji, tj. wykonawcy, nie mają do nich łatwego dostępu.

W ocenie Zamawiającego, powyższe okoliczności przesądzają o niespełnieniu przez Odwołującego przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, a co za tym idzie nieprawidłowym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego, co z kolei nakładało na

Zamawiającego obowiązek odtajnienia informacji, które powołał Odwołujący w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej.

Zdaniem Zamawiającego, czynność odtajnienia w żaden sposób nie narusza zasady

zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Przepis art. 18

ust. 3 Pzp obliguje Zamawiającego do ujawnienia niezastrzeżonych skutecznie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji. Kierując wezwanie do wyjaśnień ceny Zamawiający wystosował je do sześciu wykonawców działając zgodnie z art. art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) Pzp - działania Zamawiającego były więc zgodne z obowiązującymi przepisami Pzp oraz wszystkimi zasadami prowadzenia postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony

postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w szczególności

polegającą na tym, że zostaną ujawnione tajemnice przedsiębiorstw Odwołującego, które mają dla niego istotną wartość handlową, a ujawnienie ich może negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania Odwołującego na rynku kolejowych robót

budowlanych.

Izba uwzględniła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, co do której Zamawiający nie oponował, wobec zgłoszonych przystąpień przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury

Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o., N.-Mosty Sp. z o.o. w Krakowie oraz wykonawcy Skanska

S.A., po stronie Zamawiającego. Odwołujący uprawdopodobnił, że zgłaszający przystąpienie

wykonawcy nie wykazali interesu w uzyskania rozstrzygnięcia odwołania na korzyść

Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty

Odwołującego jako najkorzystniejszej z dnia 8 listopada 2021 r. nie została przez ww.

wykonawców zaskarżona w ramach przysługujących im środków ochrony prawnej. Niezależnie od tego, czy zarzuty odwołania potwierdzą się czy też nie, to w dniu 18 listopada 2021 r. upłynął termin na wniesienie odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10

dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Taką informacją jest zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 listopada 2021 r. Utajnienie części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie stanowiło przeszkody do wniesienia odwołania w tym zakresie, w szczególności w sytuacji, gdy Zamawiający odtajnił wyjaśnienia Odwołującego w znacznej części oraz w całości dokumenty: oświadczenie wykonawców stawki wynagrodzenia i potwierdzenie niezalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

W ocenie Izby, samo tylko zainteresowanie wykonawcy wynikiem sprawy nie uzasadnia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego musi być kierunkowy, tj. dotyczyć uzyskania rozstrzygnięcia odwołania na korzyść danej strony, podczas gdy chęć uzyskania

informacji o wyniku sprawy nie posiada takiego charakteru.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu,

stosownie do art. 555 Pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1911 ze zm.), poprzez odtajnienie dokumentów załączonych do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z dnia 5 października 2021 r. zawartych w załącznikach do ww. pisma w zakresie formularzy cenowych w całości:

- KO-04 Obiekty inżynieryjne,
- KO-05 Elektroenergetyka do 1 kV
- KO-07 i KO-08 Perony _mała architektura i informacja
- KO-11-3 Branża elektryczna
- KO-11-4 Branża Teletechniczna
- KO-11-5-7 Branża gazowa - Kanalizacja sanitarna - Kanalizacja deszczowa

w części:

- KO-01 Wymagania ogólne - oferty wszystkich podwykonawców str. 4 - 14,
- KO-02 Roboty torowe z geotechniką i odwodnieniem - oferty podwykonawców na str.

19 - 21, 23 - 27, 29 oraz 36 - 40,

- KO-03 Roboty drogowe - oferty podwykonawców nr str. 11 - 45,
- KO-10 Telekomunikacja - oferty podwykonawców na str. 1 - 13,
- KO-11-1 Branża Drogowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 8 - 31),
- KO-11-2 Branża Mostowa - wszystkie oferty podwykonawców str. 3 - 12),

Izba ustaliła, jak poniżej:

Odwołujący, wśród sześciu innych wykonawców, został w dniu 24 września 2021 r. wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty tj. w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny z uwagi na stosunek ceny oferty do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Wezwanie powyższe nie zostało zaskarżone przez Odwołującego w trybie środków ochrony prawnej. Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 5 października 2021 r. Do wyjaśnień zostały załączone m.in. kalkulacje w postaci kosztorysów ofertowych oraz oferty podmiotów - potencjalnych podwykonawców Odwołującego. Załączniki do wyjaśnień zostały zastrzeżone przez Odwołującego jako

tajemnica przedsiębiorstwa w oparciu o art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. W dniu 5 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, tj. częściowym odtajnieniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie formularza cenowego

KO-01 Wymagania ogólne - w zakresie ofert podwykonawców str. 4 - 14,

KO-02 Roboty torowe z geotechniką i odwodnieniem - w zakresie ofert podwykonawców str. 19 - 21, 23 - 27, 29 oraz 36 - 40),

KO-03 Roboty drogowe - w zakresie ofert podwykonawców str. 11 - 45),

KO-10 Telekomunikacja - w zakresie ofert podwykonawców str. 1 - 13,

KO-11-1 Branża Drogowa - w zakresie ofert podwykonawców str. 8 - 31),

KO-11-2 Branża Mostowa - w zakresie ofert podwykonawców str. 3 - 12),

oraz o zamiarze odtajnienia w całości nast. dokumentów:

oświadczenie wykonawców stawki wynagrodzenia,

potwierdzenie niezalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne,

oraz w całości formularze cenowe:

KO-04 Obiekty inżynieryjne,

KO-05 Elektroenergetyka

KO-07 i KO-08 Perony - mała architektura i informacja

KO-11-3 Branża elektryczna

KO-11-4 Branża Teletechniczna

KO-11-5-7 Branża gazowa - Kanalizacja sanitarna - Kanalizacja deszczowa.

Izba zważyła, co następuje:

Zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu

prawnego Rzeczpospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61

Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (tekst jednolity Dz. U. z 2020 r. poz. 2176.ze zm.), a także z art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jednolity z Dz. U. z 2021 r. poz. 305. ze zm.).

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została wyrażona w art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z ust. 2, Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z

postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Zgodnie natomiast z art. 18 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) zwana dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji", jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust 5 ustawy (nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców, których oferty zostały otwarte; ceny lub koszty zawarte w ofertach). Rzeczywista jawność i przejrzystość działania zamawiających i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasadą, która służy prawidłowości postępowania i ograniczeniu zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Z treści ww. przepisów wynika, że protokół, jak i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego stanowiące załącznik do protokołu są jawne. Wymóg zastrzeżenia i wykazania przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w odniesieniu do zastrzeganych informacji oznacza, że wykonawca powinien przedstawić konkretne okoliczności i określone dowody, na potwierdzenie spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, gdyż nie są wystarczające deklaracje czy ogólne oświadczenia co do zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie wówczas, jeżeli spełniają łącznie następujące warunki:

- są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,

- jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

- uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Należy wskazać przy tym, że pod pojęciem działań, które „przy zachowaniu należytej staranności" uprawniony podjął (powinien podjąć) w celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich pozyskaniem, ujawnieniem lub wykorzystaniem przez osobę nieuprawnioną, należy rozumieć staranność wymaganą w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny - tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 2320 ze zm.).

Tajemnicę przedsiębiorstwa może stanowić określony rodzaj informacji, tj. wiadomości techniczne, technologiczne, organizacyjne twojego przedsiębiorstwa, a także inne informacje w nim wykorzystywane, np. związane z procesem wytwórczym, dostawami i dystrybucją, a także wewnętrzną organizacją twojego przedsiębiorstwa. Cechą tych informacji musi być ich przydatność w procesie gospodarczym związanym z wykonywaną działalnością gospodarczą.

Ponadto, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić jedynie te spośród posiadanych i wykorzystywanych w działalności przedsiębiorstwa, które mają wartość gospodarczą - możliwa jest ich sprzedaż np. w postaci know-how, nie są powszechnie znane, co oznacza, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Nawet więc wiedza o najbardziej zaawansowanych lub skomplikowanych procesach nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli jest ona łatwo dostępna i znana w danej branży.

Koniecznym elementem tworzenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest podjęcie przez dany podmiot (wykonawcę), przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania w poufności danych informacji, który to cel można osiągnąć za pomocą różnych środków, zmierzających do ochrony informacji przed ich ujawnieniem. Mogą to być odpowiednie zabezpieczenia (fizyczne, informatyczne, czy też organizacyjne), ograniczające krąg osób mających dostęp do takich informacji, a także zawarcie z tymi osobami umowy o zachowaniu poufności, bądź o zakazie konkurencji.

Spełnienie wszystkich ww. przesłanek określonych w art. 11 ust 2 uznk, przesądza o tym, że określone dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, tj. będącą składnikiem przedsiębiorstwa, której bezprawne pozyskanie, ujawnienie lub wykorzystanie stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. O ile charakter informacji zawartych w ofertach podwykonawców i kalkulacjach cenowych, stanowiących kosztorysy ofertowe robót budowlanych, może stanowić rodzaj informacji o którym mowa w art. 11 ust. 2 uznk, który może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to Odwołujący nie wykazał, że wskazane

informacje zostały skutecznie objęte ochroną przed ich ujawnieniem osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób.

Odwołujący wskazywał, iż relacje gospodarcze, w tym wspólna realizacja dużych kontraktów budowlanych oparta jest przede wszystkim na zaufaniu partnerów biorących udział w takich wspólnych realizacjach. Powzięcie przez firmy konkurencyjne informacji o kręgu podmiotów - podwykonawców, zaproszonych przez wykonawcę do złożenia ofert oraz ujawnienie ich cen ofertowych i sposobu ich kalkulacji przekreśli możliwość funkcjonowania wykonawcy na rynku jako podmiotu nie zasługującego na zaufanie partnerów handlowych, doprowadzi do zakłócenia, polegającego na żądaniu przez firmy konkurencyjne oferowania przez tych podwykonawców identycznie skalkulowanych, to jest relatywnie niskich cen w ofertach podwykonawczych, a w dalszej kolejności doprowadzi do braku możliwości uzyskania przez wykonawcę ofert od tych podwykonawców wskutek utraty zaufania.

Zauważyć w ocenie Izby jednak należy, że ochrona przed ujawnieniem określonych informacji szerszym kręgom osób, wynikająca jedynie z wzajemnego zaufania podmiotów współpracujących ze sobą, nie jest wystarczająca do ustanowienia tych informacji jako szczególnej kategorii informacji zdefiniowanej ustawowo, tj. jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zauważyć też należy, że informacje nieujawniane zwyczajowo przez wykonawców na danym rynku, pozyskane w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, są również objęte ochroną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stanowiąc jednocześnie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, wymóg należytej staranności przy zabeczeniu informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niesie ze sobą konieczność wyraźnego zakomunikowania otoczeniu woli ustanowienia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe oznacza, że dysponent informacji lub uprawniony do rozporządzania nimi ma obowiązek wyrazić w określony sposób, czytelny dla potencjalnego kręgu osób zainteresowanych tą informacją, że informacje te obejmuje ochroną jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Informacje wytworzone w ramach współpracy gospodarczej wykonawców z podwykonawcami, w tym oferty, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli w ramach

obustronnej relacji przynajmniej jedna strona wyrazi (zakomunikuje) jednoznacznie drugiej

stronie wolę ustanowienia danej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Zatem wystarczające byłoby, gdyby wykonawca w zapytaniu ofertowym do podwykonawcy wyraził taką wolę lub podwykonawca składając odpowiednio swoją ofertę wykonawcy w treści tej oferty zawarł odpowiednią klauzulę.

Skoro zatem Odwołujący nie wykazał, że posiada umowę z podwykonawcą o zachowaniu konkretnej informacji w poufności, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz oferty podwykonawców nie zawierają klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa, to znaczy, że informacje w nich zawarte nie zostały objęte wolą ich ochrony przed dostępem do nich przez nieograniczony krąg osób lub podmiotów funkcjonujących na rynku. Tym samym wobec braku wykazania przez Odwołującego, że zastrzeżone zostały szczególne warunki współpracy zobowiązujące obie strony dysponujące informacjami zawartymi w ofercie do ich ochrony jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to należy uznać, że oferty podwykonawców przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uwzględniają publiczny i jawny charakter takiego postępowania. Wykonawca, który otrzymał oferty od podwykonawców na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne nie może skutecznie zastrzec tych dokumentów jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa (jako adresat oferty) ponieważ dysponentem tych informacji jest także jej nadawca. Odwołujący nie wykazał, że w zakresie, w jakim nadawca oferty dysponuje informacjami zawartymi w ofercie oraz sam fakt współpracy z wykonawcą, są chronione przez niego, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Oświadczenie woli w postaci oferty ma charakter kierunkowy, czyli adresowany do wskazanego w swej treści podmiotu. Złożenie oferty z chwilą zakomunikowania jej adresatowi prowadzi do nawiązania z nim stosunku prawnego, który jest podobny do umowy, który tworzy ramy kontraktowe dochodzenia do umowy o określonej treści (art. 66 § 1 k.c.). Chociaż o zastrzeżeniu informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego decyduje wykonawca (składający ofertę), to nie może on jednostronnie nadać klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, która pozostaje w dyspozycji jego podwykonawcy, który może swobodnie taką informacją dysponować.

Skoro, jak wskazywał Odwołujący, oczywistym jest, że elementy cenotwórcze są najbardziej newralgicznym obszarem działalności wykonawcy przesadzającym o jego pozycji na rynku a przez to konkurencyjności, to tym bardziej słuszne jest twierdzenie, że informacje takie powinny być zabezpieczone wzajemnymi umowami o poufności.

Odwołujący podnosił, że działający w zaufaniu podwykonawcy nie mogli przecież

spodziewać się, że ich oferty zostaną ujawnione nie tylko Zamawiającemu, ale też zainteresowanej konkurencji, co jest sprzeczne z działaniem profesjonalistów w obrocie gospodarczym, którzy powinni zdawać sobie sprawę z zasad obowiązujących w procedurze udzielania zamówień publicznych, w której obowiązuje, jako jedna z naczelnych zasad - zasada jawności postępowania.

Nie sposób zgodzić się też z twierdzeniem Odwołującego, że „charakter i rodzaj utajnianych przez Odwołującego informacji zgodnie z orzecznictwem KIO pozwala na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa". Kluczowe dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Sam tylko rodzaj i charakter informacji nie przesądza o tym, że w każdym przypadku informacje takie mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ zależy to od spełnienia także innych warunków, w tym podjęcia z należytą starannością przez uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Odwołujący tego ustawowego wymogu w przedmiotowym postępowaniu nie wykazał. Sam fakt zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przedstawienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z zachowaniem ustawowego terminu, wynikającego z art. 18 ust. 3 Pzp nie jest bowiem wystarczające do skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna być ustanowiona zgodnie z regułami określonymi w art. 11 ust. 2 uznk.

Za niezasadny należało uznać zarzut nierównego traktowania Odwołującego wśród wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj. naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez niezapewnienie przez Zamawiającego w postępowaniu zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości.

Nie można wywodzić nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu z obowiązku wykonywania przez Zamawiającego czynności, do których jest on zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w tym z obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny. Dlatego też obowiązek złożenia przez wykonawców wyjaśnień w aspekcie rażąco niskiej ceny nie może być interpretowany jako przejaw nierównego traktowania z tego względu że wezwany wykonawca jest zobowiązany przedstawić kalkulacje, które nie były wymagane w dokumentacji przetargowej od każdego wykonawcy przy składaniu oferty. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że kosztorysy ofertowe sporządzone według formularzy załączonych do SWZ przez Zamawiającego, nie stanowią informacji, które wykonawca może zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, niezależnie od tego czy były wymagane w ofercie czy też nie. Stanowią zestawienie opracowane przez Zamawiającego na potrzeby prowadzonego postępowania.

W odniesieniu do drugiej kwestii poruszonej w odwołaniu w ramach tego zarzutu, tj. że w innym postępowaniu Zamawiający diametralnie inaczej podszedł do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa i utajnił w całości wyjaśnienie rażąco niskiej ceny łącznie z uzasadnieniem zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących wyliczenia ceny ofertowej przez wykonawcę N. Mosty sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej, Izba wskazuje, że Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn. akt KIO 1773/21, która dotyczy innego postępowania o udzielenie zamówienia oraz toczyła się pomiędzy innymi stronami, co jest prawdopodobnie wynikiem omyłki Odwołującego w oznaczeniu sygnatury sprawy.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że każdorazowa ocena stanu faktycznego w danym postępowaniu i ocena prawna skuteczności zastrzeżenia informacji

jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy. Nie można wywodzić obowiązku Zamawiającego do uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne jako zasady, tylko z tego względu, że w innym postępowaniu takiej właśnie oceny zamawiający dokonał.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że regularne uczestniczenie w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Zamawiającego oraz realizacja zawartych z Zamawiającym kontraktów generuje pomiędzy stronami stałe stosunki gospodarcze, w związku z czym działania Zamawiającego powinny być przewidywalne dla wykonawców, Izba wskazuje, że decyzje Zamawiającego muszą każdorazowo opierać się na obiektywnych okolicznościach występujących w danym konkretnym postępowaniu oraz na obowiązujących przepisach prawa. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - podstawę decyzji Zamawiającego musi stanowić ocena oferty wykonawcy z uwzględnieniem dokumentacji przetargowej i obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Reasumując, w niniejszym postepowaniu Odwołujący nie wykazał, że planowana przez Zamawiającego czynność odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny ofertowej w zakresie określonym w zarzutach odwołania stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym przejaw nierównego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437). Izba uwzględniła w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot poniesionych kosztów wykazanych na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący: .....