

WYROK

z dnia 15 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Aleksandra Kot

Anna Osiecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 grudnia 2021 roku odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 29 listopada 2021 roku przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirbud Spółka
akcyjna z siedzibą w Skierniewicach i Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą
w Kobyłarni,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa -
Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie
prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie,
Oddział w Kielcach

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności
odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego zawartych w wyjaśnieniach
rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami oraz uzasadnieniu zastrzeżenia informacji
jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Skarb Państwa - Generalnego
Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie
prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą
w Warszawie, Oddział w Kielcach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców
wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirbud Spółka akcyjna
z siedzibą w Skierniewicach i Kobyłarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobyłarni

tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Oddział w Kielcach na rzecz Odwołującego -wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirbud Spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach i Kobylarnia Spółka Akcyjna z siedzibą w Kobylarni kwotę 23 zł 600 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt KIO3494/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na

„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74

Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód)” zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 122-322340.

W dniu 17 listopada 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu wyjaśnień odwołującego z dnia 29 października 2021 r. wraz z załącznikami.

W dniu 29 listopada 2021 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 29 listopada 2021 r.

Odwołujący wskazał, że odwołanie jest wnoszone na czynności zamawiającego, polegające na ujawnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 ustawy, w związku z art. 18 ust. 2 i 3 ustawy, przez zaniechanie przez zamawiającego należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie, podjęcia błędnej decyzji o ujawnieniu informacji zawartych:

1.1. w utajnionej części dokumentu: „PISMO WYJASNIENIA Z DNIA 29.10.2021 MIRBUD KOBYLARNIA S-74”, oznaczonej jako „tajemnica przedsiębiorstwa” (w odróżnieniu od pozostałej części, która jako nie zastrzeżona pozostaje jawna), w zakresie:

- część XI, odpowiedzi na pytania od nr 1 do nr 25,
- część XV dotycząca zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy,
- część XVI dotycząca wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych,

- część XVII dotycząca oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,
- część XVIII dotycząca 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- część XIX dotycząca zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- część XX dotycząca zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- część XXI dotycząca zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- część XXII dotycząca metodologii kalkulacji ceny ofertowej,
- w dokumencie: „2. Tajemnica Przedsiębiorstwa - Załącznik nr 2 do wyjaśnień wykonawcy z dnia 29.10.2021r. wyciąg z wykazu środków trwałych MIRBUD S.A.”,
- w dokumencie: „3. Tajemnica Przedsiębiorstwa - Załącznik nr 3 do wyjaśnień wykonawcy z dnia 29.10.2021r. - wyciąg z wykazu środków trwałych Kobyłarnia S.A.”,
- w dokumencie: „4. Tajemnica Przedsiębiorstwa - Załącznik nr 4 do wyjaśnień wykonawcy z dnia 29.10.2021r. - Oferty Kopalni kruszyw.”,
- w dokumencie: „6. Tajemnica Przedsiębiorstwa - Załącznik nr 6 Oświadczenie o wysokości średniego wynagrodzenia,
- w dokumencie: „Załącznik nr 1 do uzasadnienia zastrz. Tajemnicy Przeds., oświadczenie Informatyka MIRBUD S.A. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”,
- w dokumencie: „Załącznik nr 2 do uzasadnienia zastrz. Tajemnicy Przeds., oświadczenie Informatyka Kobyłarnia S.A. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”,
- w dokumencie: „Załącznik nr 3 do Uzasadnienia zastrzeżenia Tajemnicy przedsiębiorstwa-TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”

które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a zatem powinny być chronione przed ujawnieniem ich treści osobom nieuprawnionych, choć Odwołujący należycie i terminowo zastrzegł i wykazał poufny charakter tych informacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem przekazania odwołującemu potwierdzenia, że informacje zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa nie będą ujawniane osobom nieuprawnionym.

Odwołujący wskazał na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem zamówienia. Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ubiega się o udzielenie mu zamówienia oraz rzetelnie i terminowo odpowiada na pisma zamawiającego. Odwołujący stale podejmuje czynności wskazujące, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Oferta Odwołującego ma szansę zostać wybrana przez zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza, spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący na skutek podjęcia przez Zamawiającego czynności odtajnienia części jego oferty, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, może ponieść szkodę, przez ujawnienie innym wykonawcom czynników organizacyjnych wpływających na kalkulację, możliwych do zaoferowania cen częściowych. Powyższe działanie może się przyczynić do spadku konkurencyjności Odwołującego oraz utraty jego pozycji rynkowej na rzecz innych wykonawców.

Spór w ocenie Odwołującego dotyczy legalności czynności Zamawiającego polegającej na podjęciu decyzji o odtajnieniu wyjaśnień dot. realności zaoferowanej przez Odwołującego ceny ofertowej, złożonych na wezwanie z art. 224 ust. 2 ustawy oraz art. 87 ust. 1 ustawy. W dniu 17 listopada 2021r., zamawiający poinformował Odwołującego, iż uznał wyjaśnienia Odwołującego za nie zawierające treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający ogólnikowo uzasadnił swoją czynność, lecz nawet takie skrótowe uzasadnienie ujawnia, że czynność odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego została dokonana przez zamawiającego wadliwie, z uwagi na błędną wykładnię art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: „ustawa ZNK”). Podane przez Zamawiającego okoliczności wskazujące na jawny charakter informacji, zostały przez Zamawiającego błędnie ocenione. Charakter zastrzeżonych informacji i podjęte przez Odwołującego działania potwierdzają bowiem konieczność zastosowania wyjątku z art. 18 ust. 3 ustawy. Prawidłowa wykładnia art. 11 ust. 2 ustawy ZNK potwierdza bowiem, że zastrzeżone przez Odwołującego dokumenty, faktycznie, w całości lub w części, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, załączone do wyjaśnień ceny z dnia 29 października 2021r. było wyczerpujące oraz odnosiło się do wszystkich przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Odwołujący, szczegółowo odniósł się do każdej z przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, uzasadniając zarówno charakter i wartość danej informacji, fakt, że nie została podana do wiadomości publicznej, jak i okoliczność, że podjęto w stosunku do niej działania w celu zachowania ich w poufności, łącznie ze wskazaniem tych działań. Zastrzeżenia Zamawiającego wynikają jednak z faktu, że zamawiający interpretuje art. 11 ust. 2 ustawy ZNK w ten sposób, że aby uznać dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, konieczne jest wykazanie, iż informacje te mają charakter i cechy informacji „szczególnych”, „unikatowych”, „dostępnych wyłącznie wykonawcy”, a nie wskazany wprost w treści przepisu ustawy ZNK, charakter informacji „technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą”. Tym samym, uzasadniając czynność odtajnienia wyjaśnień Zamawiający nie wykazuje, że zastrzeżone informacje nie posiadają waloru wskazanego w art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, lecz że nie są wystarczająco spersonalizowane.

Przyjęcie przez Zamawiającego błędnego probierza dla badania tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadziło Zamawiającego do błędnego wniosku, że zastrzeżone informacje nie posiadają tego waloru. Tymczasem, weryfikacja zastrzeżonych danych pod kątem ich kwalifikacji jako informacji „technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą” skutkowałaby utrzymaniem w poufności zastrzeżonych przez Odwołującego informacji.

Odwołujący wskazał, że już samo orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stanowi bogate źródło wiedzy, jak należy wyklądać treść art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

I tak, fakt, iż określone informacje mają wartość techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub gospodarczą nie sprowadza się do wskazania jej unikatowego, szczególnego charakteru, dostępnego tylko jednemu wykonawcy, czy też do wykazania skonkretyzowanej wartości wyrażonej w określonej sumie pieniężnej - wszystkie te dodatkowe zawężenia nie znajdują odzwierciedlenia w przepisach prawa. Przykładowo, współpraca z danym kontrahentem co do zasady jest dostępna większej ilości podmiotów, lecz nie wyklucza to faktu, że w danych warunkach rynkowych posiadanie takiego kontrahenta może budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy (sygn. akt: KIO 2743/15; sygn. akt: KIO 188/16).

Zdaniem Odwołującego, wykazanie wartości gospodarczej określonych informacji nie wymaga wskazywania zamawiającemu określonej kwoty. Izba wielokrotnie wskazywała, że wartość techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub gospodarcza informacji przejawia się przede wszystkim w możliwości wykorzystania jej przez konkurencję. Na tę właśnie okoliczność odwołujący powoływał się, w swoich wyjaśnieniach dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto oczywistym jest, iż nie jest możliwym na etapie postępowania zamówieniowego (tj. a priori, przed ujawnieniem i poniesieniem potencjalnych strat) wskazanie precyzyjnej kwoty, w jakiej wyraża się wartość techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub gospodarcza zastrzeżonych informacji. Odwołujący w wyjaśnieniach powoływał się więc na wartość wyrażającą się, m. in. w doprowadzeniu do pozbawienia odwołującego możliwości konkurowania w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z natury rzeczy zaś nie jest możliwe wykazanie, jaka miałaby być wartość utraty zysków w przyszłych postępowaniach. Powołał wyrok o sygn. akt:

Kluczowe jest dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku, albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.

Odwolujący nie neguje jawności ceny. Intencją odwołującego jest natomiast położenie nacisku na okoliczności, które posłużyły mu do ustalenia ceny na danym poziomie i których nie sposób nazwać wyłącznie „kalkulacją” czy „wyliczeniem”, ponieważ wynikają one z podjętych przez Odwołującego działań, nakładów pracy, doświadczenia, analiz i innych czynników sumujących się na całość, której również przez wzgląd na indywidualny charakter, przyznać należy ochronę jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwolujący podkreślił także, że całkowicie błędna jest wykładnia „kosztu” dokonana przez Zamawiającego. Chybione jest założenie Zamawiającego, który w piśmie z dnia 17.11.2021 wskazuje, że ustawa Pzp w sposób jednoznaczny i kategoryczny w art. 18 ust. 3 wyłącza możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informację o cenie lub koszcie zawartych w ofercie. Dlatego informacje wykonawcy odnoszące się do sposobu ustalenia ceny oferty jak i przyjętych cen jednostkowych z mocy prawa muszą być jawne i dostępne dla innych uczestników postępowania. Odwołujący wskazał, że należała wykładnia art. 18 ust. 3 w zw. z art. 222 ust. 5 ustawy prowadzi do zupełnie innych wniosków niż prezentowane stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym każda informacja dot. ceny/kosztu, jako podlegająca ocenie w ramach kryterium oceny ofert - jest jawna.

Zgodnie z treścią art. 18 ust. 3 ustawy, nie utajnia się informacji zawartych w art. 222 ust. 5 ustawy, który w pkt 2) określa, iż wyłączone z tajemnicy przedsiębiorstwa pozostają „informacje o (...) cenach lub kosztach zawartych w ofertach”. O ile cena ofertowa Odwołującego jest w bezsporny sposób jawna i wynosi 537.699.999,99 zł, o tyle kwestia jawności kosztów pozostaje sporna. W celu weryfikacji, czy zastrzeżone przez Odwołującego informacje o metodologii kalkulacji ceny to „koszty”, o których mowa w art. 222. ust. 5 pkt 2) ustawy - należy sięgnąć do wykładni przywołanego przepisu, dokonanej przez doktrynę i orzecznictwo oraz wzorów udostępnianych przez Prezesa UZP, gdyż ustawienie zawiera legalnej definicji tego terminu. I tak, doktryna wskazuje, że należy uznać, że pojęcie „kosztu” jest „pojęciem znacznie szerszym niż cena. Koszt odnosi się również do innych wydatków, w tym do koniecznych do poniesienia w okresie następującym po decyzji zakupowej wydatków związanych z utrzymaniem, użytkowaniem czy wycofaniem z eksploatacji. Cena nabycia (tzn. cena w rozumieniu art. 2 pkt 1 p.z.p.) stanowi tylko jeden z elementów kosztu, który czasem jest wręcz pomijalny w końcowym podsumowaniu poniesionych nakładów” (Konrad Różowicz: „Cena i koszt jako kryteria oceny ofert po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 2016r.”, publikacja dostępna tutaj:

<content/uploads/2016/09/Cena-i-koszt-jakokryteria-oceny-ofert-po-nowelizacji-ustawy-prawo-zam%C3%B3wie%C5%84-publicznych-z2016-r.pdf>).

W celu pełniejszego zrozumienia pojęcia kosztu, Odwołujący wskazał, że w reżimie zamówień publicznych pojawiło się ono wraz z wejściem w życie dnia 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych i niektórych innych ustaw, która to ustawa zmieniała podejście do materii kryteriów oceny ofert. Zgodnie z zamiarem ustawodawcy, koszt jest bardziej wieloaspektowym pojęciem niż cena. Powyższe wpływa na większą złożoność procesu jego ustalenia. Zgodnie z art. 245 ust. 1 ustawy, zamawiający może określić kryterium kosztu z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia. Zamawiający ma również możliwość określenia kosztu z wykorzystaniem innych mechanizmów. W przypadku szacowania kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia, w dokumentach zamówienia określa w SWZ dane, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metodę, którą zastosuje zamawiający do oszacowania kosztów cyklu życia na podstawie tych danych (art. 245 ust. 4 ustawy). Tym samym, metoda obliczania kosztu jest elementem narzuconym przez zamawiającego, identycznym dla każdego wykonawcy, zatem w kalkulacji kosztu brak jest elementów wypracowanych w sposób autorski przez wykonawcę, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przepis art. 245 ust. 4 ustawyma zagwarantować transparentność zamówienia oraz zapewnić, że przedmiot zamówienia będzie opisany w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, co ma uniemożliwić swobodną interpretację ofert. Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty: (1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z: a. nabyciem; b. użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów; c. utrzymaniem; d. wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu; (2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z cyklem życia produktu, usługi lub robót budowlanych dotyczące emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować. W konsekwencji, kryteriami oceny ofert może być:

- a) cena,
- b) cena i inne kryterium/kryteria,
- c) koszt,
- d) koszt i inne kryterium/kryteria,
- e) cena i koszt,
- f) cena i koszt i inne kryterium/kryteria.

Zgodnie z ust. 21.1. 'Kryteria oceny ofert' SWZ, „przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert:

- Cena - 60 % = 60 pkt
- Przedłużenie Okresu Gwarancji Jakości na następujące elementy: ekrany akustyczne wraz z ich posadowieniem, instalacje zasilające, konstrukcje wsporcze - 30% = 30 pkt
- Termin realizacji Kontraktu - 10% = 10 pkt”

Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się oceniać oferty zgodnie z opcją zaprezentowaną w pkt. b) powyżej, czyli kryterium jest cena oraz dwa kryteria poza cenowe. Zamawiający nie wprowadził „kosztu”, jako kryterium oceny ofert.

Odwołujący podkreślił, że wykładając treść art. 18 ust. 3 w zw. z art. 222 ust. 5 pkt 2) ustawy w kontekście postępowania, stwierdził, że Odwołujący uczynił zadość dyspozycji norm zawartych w przywołanych przepisach, gdyż „informacja o cenie” stanowi jawną część oferty Odwołującego. Choć potocznie często Zamawiający i wykonawcy często nazywają „kosztem” część ceny (czyli jest to termin węższy niż cena, a nie szerszy, na co wskazuje ustawa), to jednak przy ocenie zasadności zastrzeżenia wyjaśnień metodologii kalkulacji ceny oraz wysokości części ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w kontekście art. 22 ust. 5 ustawy, nie można mylić tego potocznego używania terminu „koszt” z terminem ustawowym.

W celu wykazania prawdopodobnych podstaw źródła błędu Zamawiającego w zakresie wykładni omawianych przepisów, niezbędne jest również sięgnięcie do art. 224 ust 1 ustawy, który stanowi: „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”. W przepisie tym pojawiają się dwa istotne elementy. Pierwszy to „istotna część składowa ceny/kosztu”, która jako nie wymieniona w art. 222 ust. 5 ustawynie jest objęta wymogiem automatycznego ujawniania jej treści. Tym samym, jeżeli wykonawca wykaże spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, treść ta pozostaje tajna, jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Drugi istotny element to „wyliczenia” ceny/kosztu/ ich istotnych części składowych, które jako nie wymienione w art. 222 ust. 5 ustawynie jest objęta wymogiem automatycznego ujawniania jej treści. Tym samym, jeżeli wykonawca wykaże spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, treść ta pozostaje tajna, jako tajemnica przedsiębiorstwa tego wykonawcy.

Z przedstawionej analizy wynika, że Zamawiający niewłaściwie wyklada treść art. 18 ust. 3 w zw. z art. 222 ust. 5 ustawy twierdząc, że „wykonawcy decydujący działać na rynku zamówień publicznych wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności i powinni mieć świadomość konsekwencji jakie wiążą się z poddaniem procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych”. Zasada jawności, obowiązująca w reżimie PZP nie uchybia zasadzie ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, która stanowi prawnie chroniony wyjątek od tej zasady. Zatem, wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne nie godzą się automatycznie na ujawnianie ich tajemnicy przedsiębiorstwa. Taka retoryka Zamawiającego jest niezgodna z całym systemem prawnym, a w szczególności z literalną treścią art. 18 ust. 3 ustawy. Błędne utożsamienie „istotnych części składowych ceny” z „ceną” lub „kosztem”, oraz błędne utożsamienie „wyliczeń istotnych części składowych ceny” z „ceną” lub „kosztem” doprowadziło Zamawiającego do błędnych wniosków, że wyjaśnienia metodologii kalkulacji istotnych części składowych ceny stanowią z mocy ustawy treść jawną oferty. Taka wykładnia, jako sprzeczna z literalnym brzmieniem ustawy oraz sprzeczna z systemową wykładnią przepisów prawa, która wskazuje na obowiązek ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zasługuje na ochronę Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał także na charakter informacji, zawartych w dokumentach odtajnionych przez Zamawiającego, którymi są informacje organizacyjne, gospodarcze, know-how, informacje o kontrahentach odwołującego i wartości kontraktów, charakteru |

wykonywanych robót, wyjaśnienia dotyczące organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji ceny oraz treść dokumentów wewnętrznych odwołującego, wskazujących na zasady i metody zachowania informacji w poufności, ale także obrazujących zasady polityki odwołującego w zakresie współpracy z podmiotami zewnętrznymi. Wszystkie te informacje niewątpliwie mogą stanowić, w ocenie odwołującego, tajemnicę przedsiębiorstwa, co wynika z licznego i ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 667/10; KIO 908/13; KIO 1032/14; KIO 457/15; KIO 464/15; KIO 473/15; KIO 476/15; KIO 245/14; KIO 1797/11; KIO 1801/11) cytowanego przez Odwołującego w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił także, 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 (P. Kozłowska: „Prawnokarne aspekty naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa”, Prokuratura i Prawo 2000, Nr 5, str. 52). Fakt, że konkurenci nie znają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, umożliwia Odwołującemu uzyskanie lepszej pozycji na rynku. Sukces podejmowanych przedsięwzięć uzależniony jest częstokroć od zachowania w tym zakresie dyskrekcji. Dlatego Odwołujący podkreślił, że nie godzi się na ujawnienie informacji przez niego zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie wskazanym pierwotnie w wyjaśnieniach z dnia 29.10.2021r., a dodatkowo uściślonym w odwołaniu, w Załączniku 8. Jak tylko Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo z wnioskiem wstrzymania się z przekazywaniem tajemnicy przedsiębiorstwa osobom trzecim, wskazując na możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej rozstrzygnięcia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, w celu weryfikacji legalnej możliwości dopełnienia tej czynności.

Odwołujący uważa, że zastrzeżenia z dnia 29.10.2021r. zostały zakreślone w sposób prawidłowy, gdyż nie jeden raz orzecznictwo podkreślało, że nie należy wybierać informacji w oderwaniu od kontekstu ani ujawniać tych, które w sposób pośredni wskazują na tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, zastrzeżenie informacji w zakresie z dnia 29.10.2021 r. jest w pełni prawidłowe. Wychodząc jednak naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, Odwołujący zdecydował się na dokonanie dalszych ograniczeń w zakresie informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, jeszcze bardziej selektywnie oznaczając treść, na której ujawnienie Odwołujący się nie godzi. Dlatego też, jako załącznik nr 7 i nr 8 załączył wyjaśnienia z dnia 29.10.2021r., w których w sposób czytelny zaznacza zielonym kolorem treść, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a w związku z tym nie może być ujawniana osobom nieupoważnionym, w szczególności konkurentom odwołującego (załącznik nr 7), zaś kolorem czarnym, całkowicie zaciemniając część treści wyjaśnień, zaznacza informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób, który osobom nieupoważnionym pozwoli zapoznać się z treścią wyjaśnień, z równoczesnym zapewnieniem ochrony informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (załącznik nr 8).

Odwołujący kolejno wykazał, dlaczego kwestionowane przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego, zawarte w piśmie z dnia 29.10.2021r. faktycznie potwierdzają, że „wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają szeroki zakres informacji o różnym charakterze, w tym informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe. Wszystkie one mają dla wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie są przez wykonawcę szczególnie chronione, w szczególności przed konkurentami.

W odniesieniu do pytania nr 1, które brzmi: „Zwracamy się o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób wykonawca zamierza zapewnić zaplecze budowy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie zaplecze wykonawca będzie posiadał”, Odwołujący wskazuje, że sposób zapewnienia zaplecza budowy na czas wykonywania robót budowlanych nie był określony w SWZ (poza pewnymi minimalnymi wymaganiami, jakie należy zachować przy zapewnieniu zaplecza, między innymi w zakresie ochrony środowiska). Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to więc know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 2, które brzmi: „Jakie ilości środków finansowych wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za roboty budowlane? Czy będą to środki własne, czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?”,

odwołujący wskazał, że wymagana ilość środków finansowych niezbędna do zaangażowania do chwili wystawienia pierwszej faktury za roboty budowlane, ani sposób ich dysponowania (własne / pochodzące z kredytu, a jeżeli z kredytu, to czy wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową / wstępną umowę kredytową) nie były określone w SWZ. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej

części składowej ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, które stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala ono Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 3, które brzmi: „Które roboty wykonawca zamierza podzielić i czy zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo dla tych robót”, odwołujący wskazał, że wymóg zawarcia porozumienia/umowy wstępnej na podwykonawstwo dla planowanych do podzlecenia robót lub wymóg powstrzymania się od zawarcia porozumienia/umowy wstępnej na podwykonawstwo dla planowanych do podzlecenia robót nie był określony w SWZ (określony został jedynie zakres do osobistego wykonania). Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej

części składowej ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji

tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 4, które brzmi: „Czy wykonawca będzie w posiadaniu

laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia? Czy będzie ono własnością wykonawcy czy będzie je wynajmowane? Jaką kwotę netto na obsługę laboratoryjną przewidział wykonawca w swojej ofercie? Prosimy o podanie kwoty oraz założonej ilości i rodzajów poszczególnych badań, jakie wykonawca uwzględnił przy składaniu oferty”, odwołujący wskazał, że wymóg posiadania laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia nie był określony w SWZ. Tym bardziej więc nie był określony w SWZ wymóg w zakresie tego, czy laboratorium ma być własnością wykonawcy czy należy je wynajmować. Nie były określone w SWZ również ilości i rodzaje poszczególnych badań, jakie wykonawca ma uwzględnić przy składaniu oferty. Tym samym, zakres sposobu zapewnienia obsługi laboratoryjnej, oraz rodzaje i ilości poszczególnych badań, realizowane będą zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 6, które brzmi: „Zamawiający zwraca się z prośbą o wykazanie bilansu robót ziemnych na drodze głównej wraz z przyjętą do kalkulacji ceną jednostkową netto za m3 gruntu (wykop, nasyp, dokop, wymiana gruntu itd.) oraz bilans humusu do zdjęcia i zagospodarowania”, odwołujący wskazał, że wymóg podawania bilansu robót ziemnych na drodze głównej ani bilansu humusu do zdjęcia i zagospodarowania nie były określone w SWZ. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, który odzwierciedlony będzie w dokumentacji projektowej, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie

wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 7, które brzmi: „Jaki założono koszt całkowity netto robót ziemnych (z uwzględnieniem wymiany gruntu, wzmocnienia podłoża, wzmocnienia skarp, wywozu materiału, dowozu gruntu)?”, Odwołujący wskazał, że wymóg zawarcia w ofercie wskazanych ilości (m³) wymiany gruntu, wzmocnienia podłoża, wzmocnienia skarp, wywozu materiału, dowozu gruntu nie był określony w SWZ. Tym samym, zakresy ilościowe realizowane będą zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, który odzwierciedlony będzie w dokumentacji projektowej, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje pośrednio stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 8, które brzmi: „Zamawiający prosi o wskazanie, czy wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszty (i jakiej wielkości) związane z przywróceniem użytkowanych w czasie budowy dróg do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami? Jaką łączną długość dróg wykonawca założył w ofercie do przywrócenia ich do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami? Czy wykonawca założył koszty bieżącej naprawy i utrzymania tych dróg?”, odwołujący wskazał, że wymóg uwzględnienia kosztów związane z przywróceniem użytkowanych w czasie budowy dróg do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami został co prawna określony w SWZ, jednak już wymóg precyzujący, jaką łączną długość dróg wykonawca założył w ofercie do przywrócenia ich do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami nie był określony w SWZ. Podobnie, nie był określony w SWZ wymóg założenia w ofercie kosztów bieżącej naprawy i utrzymania tych dróg. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 9, które brzmi: „Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w Ofercie oraz jaką przyjęto do kalkulacji cenę netto 1m² konstrukcji nawierzchni trasy głównej?”, Odwołujący wskazał, że wymóg zaoferowania konkretnej konstrukcji trasy głównej oraz pozostałych dróg został określony w SWZ, lecz równocześnie zamawiający pozostawił wykonawcom pewną swobodę, umożliwiając zastosowanie autorskich rozwiązań. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 10, które brzmi: „Czy wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy, iż jest zobowiązany do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wskazanych w pkt 6.5 Tom I Instrukcji dla Wykonawców oraz dokumencie Dane Kontraktowe Subklauzula 4.1 Ogólne zobowiązania wykonawcy Tom II? Prosimy o przedstawienie dokumentów potwierdzających powyższe zobowiązanie.”, Odwołujący wskazał, że wymóg przedstawienia dokumentów potwierdzających realność zobowiązania o osobistym wykonaniu kluczowych części zamówienia nie był określony w SWZ. Tym bardziej więc nie był określony w SWZ katalog dokumentów/środków, które będą uznane przez Zamawiającego za potwierdzające tę okoliczność. Tym samym, sposób dobierania odpowiednich środków oraz wykazywania realności oświadczenia o osobistym wykonaniu części kluczowych zamówienia realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-

how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 11, które brzmi: „Jaki potencjał sprzętowy oraz jakie zasoby ludzkie (w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynieryjno - kierowniczą) wykonawca zamierza zaangażować do wykonania robót nawierzchniowych w postaci nawierzchni z mas bitumicznych lub/oraz betonu cementowego?”, Odwołujący wskazał, że wymóg posiadania konkretnego potencjału sprzętowy ani wymóg posiadania konkretnych zasobów ludzkich nie były określone w SWZ. Tym bardziej więc nie był określony w SWZ katalog osób w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynieryjno -kierowniczą, które wykonawca powinien zaangażować do wykonania robót nawierzchniowych w postaci nawierzchni z mas bitumicznych lub/oraz betonu cementowego. Tym samym, dobór sprzętu i osób będą realizowane zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie

dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 12, które brzmi: „Czy w swojej ofercie uwzględniliście

Państwo wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich - tabela 1.1 z pkt. 1.1.3.3 ? Jeśli tak, prosimy o podanie przyjętej ceny netto dla każdego obiektu inżynierskiego”, Odwołujący wskazał, że choć wymóg uwzględnienia w ofercie odpowiedniego kilometrażu dla danego obiektu oraz wymagania dotyczące obiektów inżynierskich zostały określone w SWZ, to jednak nie były określone w SWZ dalsze uwarunkowania, wynikające z oryginalnej (autorskiej) koncepcji projektowej wykonawcy, które wpływają na wycenę tego zakresu w sposób odmienny od pozostałych wykonawców. Tym samym, zakres uwzględnianych uwarunkowań realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta

nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 13, które brzmi: „Prosimy o wskazanie wysokości rezerwy, jaką przyjęliście Państwo kalkulując ryzyka w ofercie, w przypadku: przekroczenia zakładanych kosztów budowy obiektów lub zakresów przebudowy infrastruktury technicznej, wynikających z uzgodnień z gestorami sieci, warunków środowiskowych nałożonych decyzjami o środowiskowych uwarunkowaniach, które Państwo uzyskacie oraz wynikających z audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego?”, Odwołujący wskazał, że choć wymóg uwzględnienia rezerwy dla kalkulacji ryzyka w ofercie wynika z SWZ, to jednak nie był określony w SWZ sposób i wielkość tej wyceny, w szczególności zaś wymóg uwzględnienia w ofercie ryzyka przekroczenia zakładanych kosztów budowy obiektów lub zakresów przebudowy infrastruktury technicznej, wynikających z uzgodnień z gestorami sieci, warunków środowiskowych nałożonych decyzjami o środowiskowych uwarunkowaniach, które wykonawca uzyska, ani wymóg uwzględnienia w ofercie ryzyk wynikających z audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego. Tym samym, zakres ten szacowany był zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej

informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 14, które brzmi: „Czy wykonawca uwzględnił w ofercie inne ryzyka, jeśli tak to jakie i w jakiej wysokości netto?”, Odwołujący wskazał, że choć wymóg uwzględnienia rezerwy dla kalkulacji ryzyka w ofercie został określony w SWZ to jednak sposób i wielkość tej wyceny, w szczególności zaś wymóg uwzględnienia w ofercie ryzyka innego niż określone w pytaniu nr 13 nie był określony w SWZ. Tym samym, zakres ten szacowany był zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny. Jest to know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dostała się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do pytania nr 17, które brzmi: „Czy wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy, iż jest zobowiązany zgodnie Subklauzulą 4.10 SWZ Tom 2 SWK Korzystanie z danych dotyczących Placu Budowy, do uzyskania dodatkowo we własnym zakresie i własnym staraniem pozostałych danych o Placu Budowy, poza wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SWZ?”, odwołujący wskazał, że udzielona odpowiedź nie tylko potwierdza uwzględnienie w wycenie zakresu wymagania, o który zapytuje zamawiający, lecz podaje szersze informacje dot. planowanego i kosztorysowanego sposobu jego realizacji, które nie były przedmiotem zapytania. Tym samym, zakres objęty dodatkowymi wyjaśnieniami realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 18, które brzmi: „Czy wykonawca przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej terenu budowy?”, Odwołujący wskazał, że wymóg dokonania wizji lokalnej terenu budowy przed złożeniem oferty nie był określony w SWZ. Tym samym, zakres ten realizowany został zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość ceny. Zastrzeżone przez odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 19, które brzmi: „Jaki potencjał sprzętowy oraz jakie zasoby ludzkie (w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynierską - kierowniczą) wykonawca zamierza zaangażować do wykonania robót drogowych, mostowych oraz branżowych”, Odwołujący wskazał, że wymóg posiadania konkretnego potencjału sprzętowego ani wymóg posiadania konkretnych zasobów ludzkich nie były określone w SWZ. Tym bardziej więc nie był określony w SWZ katalog osób w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynierską-kierowniczą, które wykonawca powinien zaangażować do wykonania robót drogowych, mostowych oraz branżowych. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 20, które brzmi: „Czy wykonawca będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw i materiałów w odpowiedniej ilości do zrealizowania robót ziemnych m.in. nasypów i wymiany gruntów? Proszę o przekazanie dokumentów potwierdzających zapewnienie dostaw z kopalni na ilość wynikającą z bilansu robót - przytoczonego w pytaniu nr 6”, odwołujący wskazał, że choć wymóg uwzględnienia dostaw kruszyw i materiałów w odpowiedniej ilości do zrealizowania robót ziemnych został określony w SWZ, to jednak wymóg precyzujący, że chodzi o sposób organizacji tych dostaw, w szczególności dla nasypu, wymianę gruntów, ani co należy jeszcze ewentualnie uwzględnić w ramach wskazanego w zapytaniu określenia „m.in.” nie był określony w SWZ. Podobnie, nie był określony w SWZ wymóg założenia wraz z ofertą czy też w jakimkolwiek innym momencie, dokumentów potwierdzających zapewnienie dostaw z kopalni na ilość wynikającą z bilansu robót - przytoczonego w pytaniu nr 6. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 21, które brzmi: „Prosimy o wyjaśnienie, czy Oferta uwzględnia wykonywanie robót budowlanych w sezonie zimowym? Jaką przyjęto liczbę sezonów zimowych, w których zaplanowano roboty budowlane i jakie asortymenty robót wykonywanych zimą?”, odwołujący wskazał, że wymóg uwzględnienia lub nie nieuwzględnienia wykonywania robót budowlanych w sezonie zimowym nie był określony w SWZ. Podobnie, nie był określony w SWZ wymóg precyzujący, jaką liczbę sezonów zimowych, w których zaplanowano roboty budowlane, należy przyjąć, ani nie był określony w SWZ wymóg uwzględnienia w ofercie konkretnych asortymentów robót budowlanych. Tym samym, zakres ten realizowany może być jedynie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 22, które brzmi: „Jaką lokalizację wytwórni mieszanek bitumicznych i betonowych przyjął wykonawca do kalkulacji ceny?”, Odwołujący wskazał, że wymóg uwzględnienia konkretnej lokalizacji wytwórni mieszanek bitumicznych i betonowych nie był określony w SWZ. Tym samym, zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how i potencjał kontraktowy tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 24, które brzmi: „Zwracamy się o informację czy wykonawca w swojej ofercie skalkulował konieczność spełnienia wszystkich zapisów punktu 1.2.3.2 PFU. Prosimy o wskazanie przyjętej ceny netto dla każdej pozycji (od 1 do 14) punktu 1.2.3.2 PFU”, odwołujący wskazał, że choć wymóg uwzględnienia w ofercie kosztów wynikających ze spełnienia wszystkich zapisów punktu 1.2.3.2 PFU wynika z SWZ oraz przepisów prawa, to jednak nie były określone w SWZ inne uwarunkowania, wynikające z oryginalnej (autorskiej) koncepcji projektowej wykonawcy, które ewentualne uwzględnienie wpływa na wycenę poszczególnych zakresów, skutkujące koniecznością uwzględnienia dodatkowych kosztów lub możliwością ich obniżenia, w stosunku do innych tego typu (standardowych) realizacji. Tym samym, zakres uwzględnianych uwarunkowań realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do pytania nr 25, które brzmi: „Czy i w jaki sposób uwzględniliście Państwo koszt wykonania dodatkowych obserwacji, badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża? Czy wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej w formie dodatku do przekazanej dokumentacji? Jeśli tak, prosimy o podanie kosztu netto”, Odwołujący wskazał, że wymóg uwzględnienia wykonania dodatkowych obserwacji, badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża został co prawda określony w SWZ, jednakże zakres ten realizowany będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio

przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-

metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

W odniesieniu do części XII, XIII, XIV oraz części XXII, odwołujący wskazał, że przekazane informacje w bezpośredni sposób odnoszą się do udzielonych odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania. Odwołujący udzielił dalszych wyjaśnień, które zdaniem Odwołującego są niezbędne dla potwierdzenia, że stosowana przez Odwołującego metodologia kalkulacji ceny ofertowej pozwala na zaoferowanie ceny w wysokości 537.699.999,99 zł jako ceny realnej. Wyjaśnienia te zawierają informacje, uzupełniające względem wskazanych w odpowiedziach informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, które w sposób jeszcze bardziej szczegółowy wykazują, jakie czynniki wykonawca powinien uwzględnić, jeżeli chce zaoferować cenę konkurencyjną, pozwalającą na faktyczne konkurowanie w przetargach. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji

ceny ofertowej. Zawierają więc one know-how Odwołującego, który stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż pozwala on Odwołującemu na budowanie przewagi konkurencyjnej w tym

i innych zamówieniach na roboty budowlane. Ujawnienie tej informacji przyniesie wymierną szkodę gospodarczą Odwołującemu, dlatego też podjął starania, aby informacja ta nie dosta-

ła się w ręce osób nieuprawnionych, a działania te są skuteczne, gdyż informacja ta nie jest powszechnie dostępna.

W odniesieniu do części XV odwołujący wskazał, że ustawodawca wprost określił, że dane dotyczące zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca wykaże, że stosowane przez niego procesy zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy stanowią wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną, jego know-how, którego ujawnienie grozi szkodą gospodarczą. W ramach udzielonych w tym ustępie wyjaśnień, Odwołujący przekazał dalsze, konkretne informacje, z zakresu stosowanej przez Odwołującego metodologii kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący wskazał również bardzo obszernie stosowane procedury, sposób wyznaczania celów oraz drogę do dojścia do realizacji tych celów. Z uwagi więc na obiektywnie poufny charakter zastrzeżonej informacji oraz na szczególną rolę tej informacji w przedsiębiorstwie Odwołującego, a także faktyczne działania zmierzające i skutkujące ochroną tych informacji, stwierdził, że zastrzeżone w ramach części XV informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

W odniesieniu do części XVI Odwołujący wskazał, że ustawodawca wprost określił, że dane dotyczące rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych, mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca wykaże, że stosowane przez niego procesy zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy stanowią wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną, jego know-how, którego ujawnienie grozi szkodą gospodarczą. W ramach udzielonych w tym ustępie wyjaśnień, Odwołujący przekazał dalsze konkretne informacje, z zakresu stosowanej przez Odwołującego metodologii kalkulacji ceny ofertowej, a także przekazał w ramach Załącznika nr 4 konkretne dane o kontrahentach oraz sposobie realizacji wskazanych zakresów. Są to niezwykle wrażliwe informacje, które w dotychczasowym orzecznictwie w sposób niekwestionowalny korzystały z ochrony. Z uwagi więc na obiektywnie poufny charakter zastrzeżonej informacji oraz na szczególną rolę tej informacji w przedsiębiorstwie Odwołującego, a także faktyczne działania zmierzające i skutkujące ochroną tych informacji, stwierdził, że zastrzeżone w ramach części XV informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

W odniesieniu do części XVII Odwołujący wskazał, że ustawodawca wprost określił, że dane dotyczące oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca wykaże, że stosowane przez niego procesy zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy stanowią wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną, jego know-how, którego ujawnienie grozi szkodą gospodarczą. W ramach udzielonych w tym ustępie wyjaśnień, odwołujący przekazał dalsze, konkretne informacje, z zakresu stosowanej przez Odwołującego metodologii kalkulacji ceny ofertowej. Powyższa okoliczność ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Z uwagi więc na obiektywnie poufny charakter zastrzeżonej informacji oraz na szczególną rolę tej informacji w przedsiębiorstwie Odwołującego, a także faktyczne działania zmierzające i skutkujące ochroną tych informacji, stwierdził, że zastrzeżone w ramach części XV informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

W odniesieniu do części XVIII Odwołujący wskazał, że ustawodawca wprost określił, że dane dotyczące 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie), mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wykonawca wykaże, że stosowane przez niego procesy zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy stanowią wartość gospodarczą, organizacyjną, techniczną, jego know-how, którego ujawnienie grozi szkodą gospodarczą. W ramach udzielonych w tym ustępie wyjaśnień, Odwołujący przekazał dalsze, konkretne informacje, z zakresu stosowanej przez Odwołującego metodologii kalkulacji ceny ofertowej. Odwołujący ujawnił bowiem przyjęty poziom wynagrodzenia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie tylko nietypowy, właściwy wyłącznie danemu wykonawcy system wynagradzania może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Również sam fakt dotyczący się poziomu wynagrodzenia zespołu osobowego, który pozwala na składanie atrakcyjnej cenowo oferty, stanowi cenne źródło wiedzy z zakresu organizacji przedsiębiorstwa. Z uwagi więc na obiektywnie poufny charakter zastrzeżonej informacji oraz na

szczególną rolę tej informacji w przedsiębiorstwie odwołującego, a także faktyczne działania zmierzające i skutkujące ochroną tych informacji, stwierdzić należy, że zastrzeżone w ramach części XV informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

Dalej, w odniesieniu do Załącznika nr 2 i Załącznika nr 3 do wyjaśnień ceny Odwołujący wskazał, że szczegółowe informacje zawarte w obu załącznikach stanowią spójną, logiczną i konsekwentną całość z informacjami zawartymi w treści pisma z dnia 29.10.2021r. Z uwagi na wyjaśnienia zawarte w tym piśmie oczywiste jest, że dane te zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą bez szkody dla Odwołującego być ujawniane podmiotom trzecim. Podkreślenia bowiem wymaga, że przedmiotowy zakres będzie zgodnie z zamiarem danego wykonawcy, opartym o indywidualny know-how tego wykonawcy, co bezpośrednio przekłada się na wysokość tej części składowej ceny. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje stanowią cenne źródło wiedzy w zakresie technologiczno-organizacyjno-metodologicznych założeń, leżących u podstaw kalkulacji tej części ceny.

Dalej, w odniesieniu do Załącznika nr 4 do wyjaśnień ceny Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zastrzeżenia dotyczą informacji o kontrahentach, których zachowanie w poufności ma ogromne znaczenie gospodarcze dla Odwołującego (co było podkreślane dobitnie w wyjaśnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Faktem notoryjnym jest że głównym zasobem przedsiębiorcy, działającego w sektorze robót budowlanych, jest przede wszystkim potencjał kontraktowy, dzięki któremu realizowane są złożone i często specjalistyczne roboty budowlane na rzecz Klientów. Bez właściwego, tj. odpowiednio dobranego, przeszkolonego i doświadczonego zespołu kontrahentów, przedsiębiorca, działający na rynku dużych i skomplikowanych robót budowlanych, nie jest wiarygodny, a przez to nie ma na tym rynku racji bytu. W istocie więc potencjał kontraktowy często decyduje o wartości przedsiębiorcy oraz o jego randze na rynku. Z tej przyczyny Odwołujący, jak podał w wyjaśnieniach, chroni informacje, które mogą decydować nie tylko o jego przewadze konkurencyjnej na rynku, ale nawet w ogóle o możliwości funkcjonowania na nim. Odwołujący zwracał więc w szczególności uwagę, iż ujawnienie ww. informacji prowadziłoby do umożliwienia przejmowania przez podmioty konkurencyjne kontaktów biznesowych, z którymi Odwołujący współpracuje, co doprowadziłoby Odwołującego do znacznych strat, bowiem uniemożliwiłoby Odwołującemu nawet ubieganie się o wiele zamówień, z uwagi na brak możliwości organizacyjnych, które pozwalają na terminową realizację zamówienia np. lokalnymi kontrahentami (dostawcami, podwykonawcami).

Dalej, w odniesieniu do Załącznika nr 6 do wyjaśnień ceny Odwołujący wskazał, że dane dotyczące przyjętej polityki wynagrodzeniowej, które się sprawdza tak skutecznie, że pozwala wykonawcy na zatrudnianie z jednej strony najlepszych specjalistów, a z drugiej strony na konkurowanie ceną z innymi przedsiębiorcami, operującymi na danym rynku, stanowi istotną wartość gospodarczą. Zasadność zastrzeżenia tych informacji Odwołujący wykazywał już w związku z wyjaśnieniami do części XVIII powyżej, zatem w tym miejscu Odwołujący ograniczył się do przytoczenia uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wydane w podobnej sprawie, a który z uwagi na swą aktualność stanowi również istotną wartość merytoryczną - wyroku z dnia 5 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 222/21.

Dalej, w odniesieniu do Załącznika nr 1 i Załącznika nr 1 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że nie jest też zrozumiałym dla Odwołującego, z jakich przyczyn zamawiający uznał, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa informacje zawarte w treści dokumentów precyzyjnie opisujące schemat procedur, który gwarantuje, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie dostaną się w niepowołane ręce. Zamawiający, nie podał w tym zakresie żadnego uzasadnienia swojej decyzji. Odwołujący ponownie podkreślił, że dokumenty opisujące wewnętrzne procedury spółki stanowią organizacyjny know-how, nie są dostępne publicznie i Odwołujący podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Ich ujawnienie oznaczałoby udostępnienie konkurencji informacji o zasadach polityki bezpieczeństwa, co w ocenie Odwołującego, jest absolutnie niedopuszczalne. Ponadto, stanowiłoby prostą instrukcję, jak zorganizować przedsiębiorstwo w sposób podnoszący jego wartość gospodarczą, przez wskazanie procedur, jak należy obchodzić się z informacją poufną.

Udostępniając tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego, zawartą w Załączniku nr 1 i Załączniku nr 2 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający gotowy jest przekazać konkurencji (w szczególności małym i średnim przedsiębiorstwom, które rozwijając swoją działalność poszukują rozwiązań, które gwarantowałyby szczelność systemu i skuteczność ochrony informacji poufnych) kompleksowych systemów organizacyjnych, które Odwołujący wypracowywał latami, udoskonalając je każdorazowo, gdy tylko np. postęp technologiczny wymuszał wprowadzenie kolejnych działań. Ten system organizacyjny ma wymierną wartość gospodarczą, dlatego nie może być przez Zamawiającego uznany jako nie zawierający tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego też względu, Odwołujący uznał za konieczne, aby niniejszym odwołaniem chronić własną tajemnicę przedsiębiorstwa i tym samym pozycję rynkową, gdyż czynność zamawiającego wprost jest sprzeczna z art.

18 ust. 3 ustawy, który pozwala przedsiębiorcą na ochronę w publicznych przetargach tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej, w odniesieniu do Załącznika nr 3 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, że zawarta informacja stanowi schemat organizacyjny, który wskazuje, w jaki sposób należy zabezpieczać informacje poufne, przed ich dostępem do nich przez osoby nieupoważnione. Działania te mają złożony charakter, wielopłaszczyznowy, a informacja zawarta w tym dokumencie stanowi instrukcję, co gdzie i jak zabezpieczać, aby zabezpieczenie było skuteczne. W przypadku Załącznika nr 1 i Załącznika nr 2 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazał więc, że zastrzeżone informacje stanowią wskazujący kompleksowy system organizacyjny, który Odwołujący wypracowywał latami, udoskonalając go każdorazowo, gdy tylko uznał, że w jeszcze pełniejszy sposób można chronić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to więc wiedza szczególnie istotna dla przedsiębiorców z sektora MŚP, które rozwijając swoją działalność poszukują sprawdzonych rozwiązań, które gwarantowałyby szczelność systemu i skuteczność ochrony informacji poufnych. Z tego właśnie względu, zastrzeżone informacje mają wymierną wartość gospodarczą i nie powinny być zostać przez Zamawiającego odtajnione.

Odwołujący dostatecznie uzasadnił, że zastrzeżone informacje, dotyczące warunków i metod wykonywania zamówienia oraz planowanych kosztów zamówienia (co w sumie składa się na sposób kalkulacji ceny), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w sposób oczywisty nie powinny być ujawnione konkurentom odwołującego. Odwołujący podkreślał m.in., że informacje te stanowią źródło wiedzy o przedsiębiorcy i inni konkurencyjni przedsiębiorcy, działający na rynku, mogą wykorzystać je w celu zachwiania pozycji odwołującego. Odwołujący wskazywał także na wartość gospodarczą tych informacji. Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 756/16.

Analizując stanowisko Zamawiającego, Odwołujący doszedł do wniosku, że Zamawiający kwestionuje okoliczność, że wskazówki co należy zrobić, jaki plan działania należy uwzględnić itp., czyli stanowiące schemat / zestawienie wstępnych działań, nie korzysta z ochrony i nie może mieć waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaś jedynie informacja jak należy coś zrobić, jakie czynności podjąć w ramach danego planu mogą mieć walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, już wyszczególnienie czynności, które należy uwzględniać do wyceny ma niezwykle ważne znaczenie dla budowania przewagi konkurencyjnej. Nie tylko informacja, za jaką cenę jednostkową i w jaki sposób można wykonać dany zakres, lecz również okoliczność, że ten zakres również należy uwzględnić, również stanowi cenny know-how, który stanowi wartość gospodarczą przedsiębiorstwa. Jeżeli informacja dotycząca szczegółów niezbędnych do wyceny byłaby informacją powszechną, oczywistą, standardową dla każdego wykonawcy, to informacja ta znalazłaby się w treści SWZ, jako część OPZ. Jednakże dane te są ściśle uzależnione od predyspozycji danego wykonawcy, zaś wysoki profesjonalizm w zakresie identyfikacji kosztów i rzetelność wyceny przesądza o możliwości budowania przewagi konkurencyjnej. Skoro zatem Zamawiający nie uwzględnił danych informacji w OPZ i nie wymagał wprost ich uwzględnienia, lecz zadaje pytanie „czy wykonawca uwzględnił...”, to oznacza to przede wszystkim, że Zamawiający nie narzucił danego zakresu jako obowiązkowy (bo gdyby było inaczej, to z uwagi na rygor należytej staranności zakres ten powinien się znaleźć w OPZ, a nie w pytaniach do jednego wykonawcy, z pominięciem pozostałych konkurentów), a jego realizacja czy też nie uwzględnienie danego zakresu jako niezbędnego do realizacji, przekłada się bezpośrednio na wycenę oferty. Tym samym, poszczególne zakresy nie określone w SWZ, względem których wymagania zostały sprecyzowane w pytaniach 1-25, mogą bardzo różnie być kalkulowane przez poszczególnych wykonawców, gdyż każdy z nich dokonał założeń zgodnie z własnym know-how, co może przekładać się na ich odzwierciedlenie w kosztorysie przez poszczególnych wykonawców np. jako: (i) koszt bezpośredni, (ii) ryzyko, (iii) koszt bezpośrednio oraz ryzyko, (iv) nie uwzględniony w kosztorysie. Tym samym, metodologia przyjętej kalkulacji, oparta na założeniach wynikających z know-how Odwołującego, stanowi istotną wartość przedsiębiorstwa odwołującego, prawnie chronioną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Nie można też stwierdzić, że informacje odtajnione przez Zamawiającego mogą zostać całkowicie ujawnione bez szkody dla Odwołującego. Przy czym, szkoda ta nie jest przez Odwołującego traktowana jako ewentualny brak udzielenia zamówienia w postępowaniu, z uwagi na przeprowadzoną kontrolę rozproszoną, lecz jako szkoda powstała w wyniku narażenia Odwołującego na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym, organizacyjnym i handlowym, której konkurencja nie posiada. Przykładowo, Odwołujący utraci przymiot konkurencyjności w przyszłych przetargach, z uwagi na wykorzystanie przez konkurencję jego sieci kontaktów z kontrahentami, dostawcami, podwykonawcami. Odwołujący bardzo ostrożnie podchodzi do wycinkowego ujawniania treści, gdyż zgadza się ze stanowiskiem, że to cały szereg czynności, wskazany w wyjaśnieniach z 29.10.2021 determinuje sukces Odwołującego. To nie pojedyncze działania, lecz właśnie systematyczne, zgodnie z ustalonym know-how oraz schematem organizacyjnym czynności, przekładają się na możliwość dokładnego weryfikowania przedmiotu

zamówienia, dokładnego weryfikowania rynku lokalnego i precyzyjnego wyliczania cen zamówienia, łącznie z kosztem ryzyka, a także pozwalają na dobranie marży, która z jednej strony będzie satysfakcjonująca dla tak dużego przedsiębiorstwa, jaki jest odwołujący, lecz z drugiej strony będzie konkurencyjna względem innych marż. Odwołujący podkreślił, że to cały szereg czynności opisanych w wyjaśnieniach z dnia 29.10.2021r. warunkuje możliwość konkurencyjności z innymi wykonawcami na wszystkich kosztotwórczych zakresach wyceny. To te jednostkowe oszczędności wycinkowe, wypracowane na podstawie know-how przekładają się na wypracowanie realnej przewagi konkurencyjnej odwołującego. Dlatego też, konieczne jest utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w całym fragmencie, zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do odwołania.

Odwołujący podkreślił, że wszystkie informacje dotyczące się kalkulacji ceny można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, że przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile zostanie to należycie wykazane przez wykonawcę (tak w wyroku KIO 1618/18 z 31 sierpnia 2018 r.). Odwołujący nie poprzestał na ogólnej agregacji kosztów, która nie posiadałaby waloru metodologii kalkulacji. Przeciwnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia na każde pytanie dot. organizacji, metodologii i know-how związanych z realizacją danego zakresu robót, które mniej doświadczonym wykonawcom mogą służyć jako czytelna i wyczerpująca instrukcja, jak należy obliczać dany zakres zamówienia na roboty budowlane drogowe. Zastrzeżone wyjaśnienia przyjętych wartości i kalkulacji ceny mają więc wymierną wartość gospodarczą, która korzysta z przywileju nieujawniania konkurencji, jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Zwrócił uwagę, iż zastrzeżenie tajemnicy metodologii kalkulacji najczęściej jest dokonywane w odniesieniu do wyjaśnień wykonawcy udzielanych w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny co do zasady, mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO 1021/18 z 8 czerwca 2018 r.). Krajowa Izba Odwoławcza przestrzega w takich przypadkach jedynie przed tym, aby jako tajemnicę przedsiębiorstwa uwzględniać wyłącznie informacje, które spełniają przesłanki art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, a nie np. również przytaczane w uzasadnieniu przepisy prawa czy wyroki. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje zostały poddane szczegółowej selekcji, a w kosztorysach próżno szukać jakichkolwiek cytatów z przepisów prawa czy orzecznictwa. To są bardzo konkretne informacje, metodologicznie zestawione i przedstawione zamawiającemu. W całości więc zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż odnoszą się do treści faktycznie stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Odwołujący podkreślił również, że art. 11 ust. 2 ustawy ZNK nie precyzuje, jakie konkretnie działania musi podjąć dany podmiot w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, aby można było te informacje uznać jako poufne. Skoro ustawodawca tego nie definiuje, to tym bardziej nie jest rolą Zamawiającego ustalanie Odwołującemu zasad prowadzenia polityki bezpieczeństwa informacji czy metodologii kalkulacji ceny. W szczególności zaś ocena Zamawiającego, co do adekwatności stosowanych przez Odwołującego metod kontraktowych, metodologii kalkulacji ceny i polityki bezpieczeństwa, nie może stać się podstawą do odmowy ochrony zastrzeżonych przez Odwołującego informacji przed powszechnym dostępem, w tym głównie dostępem dla konkurencji i to wbrew stanowisku odwołującego. Niemniej, polityka i stosowane przez odwołującego metody ochrony informacji niejawnych w tym zakresie są adekwatne do sytuacji na rynku.

Odwołujący wskazał także, że okoliczność, iż wyjaśnienia obalające domniemanie rażąco niskiej ceny co do zasady stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi utrwaloną wykładnię art. 18 ust. 3 ustawy (uprzednio 8 ust. 3). Aby zacytować również orzecznictwo z bieżącego roku, Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 12 marca 2021r., sygn. akt KIO 852/21. W wyroku tym Izba omawiała stan - odmiennie od przedmiotowego stanu faktyczno-prawnego - Zamawiający selektywnie odtajnił część informacji, a pozostałe uznał za mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz z uwagi na generalną analizę wykonaną przez Izbę, Odwołujący przytoczył obszerny fragment uzasadnienia, traktując go jako własny.

Specyfika zastrzeżonych informacji, uzasadnienie ich poufnego charakteru, zawarte w wyjaśnieniu z dnia 29.10.2021r. oraz przytoczone powyżej uzasadnienie zasadności stawianych zarzutów wskazują, że Zamawiający nie miał podstaw dla uznania, że zastrzeżone informacje nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy, a tym samym, czynność odtajnienia tych informacji stanowi działanie nielegalne, które nie podlega ochronie.

Zamawiający ogólnie odniósł się do podstaw uznania, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. Odwołujący uznał więc, że skoro w uzasadnieniu czynności odtajnienia z dnia 17 listopada 2021r., Zamawiający nie kwestionuje wprost rygору dowodowego, iż dana informacja faktycznie jest

należycie zabezpieczona przed dostaniem się w ręce osoby nieupoważnione, to istotnie, Zamawiający nie ma w tym zakresie żadnych zastrzeżeń. Tym samym, uznać należy, że Odwołujący należycie wykazał poufnych charakter zastrzeżonych informacji, złożył stosowne wyjaśnienia przy pierwszej czynności składania wyjaśnień dot. realności ceny, a także przedstawił stosowne dowody. Powyższe potwierdza, że Odwołujący dochował należytej staranności w tym zakresie. Zatem, jedynie z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że art. 18 ust. 3 ustawy wyraża bezwzględny obowiązek przedstawiania dowodów na każde twierdzenie wykonawcy w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia odwołującego są także dostatecznym dowodem, w szczególności, gdy dotyczą one określonych faktów, a nie wyrażają opinii lub ocen. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego, co do tego, czy oświadczenie Odwołującego o wdrożeniu określonych działań w zakresie polityki bezpieczeństwa informacji są prawdziwe, nie mogłyby mieć zatem żadnych podstaw. Odwołujący wskazał także, że brak przedłożenia takich dowodów wraz z ofertą wynikał z troski o ochronę poufności informacji, gdyż udostępnienie procedur choćby tylko Zamawiającemu (jego pracownikom) zwiększa ryzyko pozyskania przez konkurencję informacji, umożliwiających obejście procedur w celu uzyskania nieuprawnionego dostępu. Równocześnie jednak zastrzegł, że jeżeli Zamawiający uzna za konieczne przedstawienie dalszych dowodów na wykazanie, że zaoferowana cena jest realna, albo że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, to jest gotowy bezzwłocznie przedłożyć Zamawiającemu dalsze dowody. Zamawiający zaniechał jednak prowadzenia dalszych wyjaśnień, lecz uznał tajemnicę przedsiębiorstwa w wyjaśnieniach Odwołującego nie występuje, i poinformował o jej planowanym ujawnieniu. Tym samym, obawy Odwołującego, iż w związku z nierzetelnym badaniem oferty Odwołującego tajemnica przedsiębiorstwa może zostać ujawniona, były w pełni uzasadnione, gdyż Zamawiający już podjął czynności zmierzające do ujawnienia informacji newralgicznych dla operacyjności Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że taktykę w zakresie sposobu udowadniania, iż poszczególne informacje są należycie chronione, a zatem tajemnica przedsiębiorstwa nie jest w stanie w zwykłym trybie dostać się w ręce osób nieupoważnionych, Odwołujący oparł o wytyczne zawarte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn. akt: KIO 625/16.

Odwołujący w szczególny sposób podkreślił, że zastrzeżone informacje nie zostały udostępnione osobom trzecim (pozostają poufne), a zatem to czynność Zamawiającego stanowiłaby pierwsze ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa niepowołanym osobom (podmiotom). Zamawiający w żadnej części wyjaśnień z dnia 17.11.2021r., nie kwestionował tej okoliczności, co oznacza, że Zamawiający w pełni świadomie zamierza ujawnić informacje dotyczące polityki cenowej, strategii gospodarczej przedsiębiorstwa, polityk organizacyj-

nych, czy know-how kontraktowego, które to informacje nie tylko nie są powszechnie dostępną wiedzą, ale są utrzymywane w tajemnicy intencjonalnie w celu budowania przewagi konkurencyjnej na rynku. W przeciwieństwie do Zamawiającego (który pochoinnie odtajnił wszystkie zastrzeżone informacje, bez dokonywania jakiegokolwiek selekcji), ustawodawca bardzo duże znaczenie nadaje tajemnicy przedsiębiorstwa, wprowadzając systemową (prawem gwarantowaną) ochronę informacji szczególnie istotnych dla przedsiębiorcy. Świadczy o tym chociażby ustanowienie w polskim systemie prawnym środków penalnych, mających na celu zagwarantowanie jej należytej ochrony. Środki te, przewidziane w ustawie ZNK oraz kodeksie karnym statuuja, m. in. odpowiedzialność karną zamawiającego za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Przede wszystkim Odwołujący wskazał na przestępstwo określone w art. 23 ustawy ZNK. Zamawiający i osoby z nim związane, wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą ponosić odpowiedzialność karną, jeżeli wbrew ciężącemu na nich obowiązкови w stosunku do Odwołującego (tj. obowiązкови wynikającemu z zastrzeżenia przez odwołującego określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa) ujawnią innej osobie informację, stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, co wyrządzi poważną szkodę przedsiębiorcy. Czyn ten zagrożony jest grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Ponadto, zamawiający i osoby z nim związane, wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą także podlegać odpowiedzialności określonej w art. 266 § 2 k.k. Przepis ten stanowi, iż funkcjonariusz publiczny, który ujawnia osobie nieuprawnionej informację niejawną o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne” lub informację, którą uzyskał w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a której ujawnienie może narazić na szkodę prawnie chroniony interes, podlega karze pozbawienia wolności do lat trzech. Odwołujący podniósł, iż w sytuacji, gdyby doszło do ujawnienia zastrzeżonych przez niego w postępowaniu informacji, ww. przepisy karne będą miały zastosowanie. Odwołujący podkreślił również, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2002 r., sygn. akt: V KKN 223/00, odpowiedzialności karnej z art. 23 ustawa ZNK w zw. z art. 13 § 1

k. k. podlegać może także usiłowanie popełnienia tego czynu zabronionego.

W dniu 8 grudnia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- I. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego
3. zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w kwocie określonej na fakturze VAT złożonej na rozprawie;

Zamawiający podniósł, iż odwołanie jest merytorycznie niezasadne oraz nie zasługuje na uwzględnienie.

Wskazał, że w dniu 12.10.2021r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Odwołujący złożył w dniu 29.10.2021r. wyjaśnienia wraz z załącznikami zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca w piśmie z dnia 29.10.2021 r. zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 29.10.2021r. oraz złożonych załączników:

- pismo — wyjaśnienia z dnia 29.10.2021 w zakresie zastrzeżonym
- załączniki dołączone do pisma z ww. wyjaśnieniami, oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”,
- załączniki dołączone do niniejszego pisma (uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający pismem z dnia 17.11.2021r. poinformował wykonawcę o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 29.10.2021 r., albowiem Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami złożonymi w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny. W ocenie Zamawiającego, uzasadnienie dla zastrzeżenia wyjaśnień złożonych w postępowaniu w odpowiedzi na wezwanie z 12.10.2021 roku było nieskuteczne, a brak ujawnienia tych wyjaśnień stanowił próbę powstrzymania możliwości weryfikacji treści złożonej oferty przez innych wykonawców nie może zasługiwać na ochronę. Powyższe stanowisko Zamawiającego potwierdzają liczne orzeczenia KIO, w tym postępowania o sygn. akt:

Zamawiający zwrócił uwagę, że dokonując badania i oceny złożonych ofert, zobowiązany jest podejmować działania zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Celowi temu służy również zasada wyrażona w art. 18 ust. 1 ustawy, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jednocześnie ustawodawca w ust. 3 przywołanego artykułu określa wyjątek od powyższej zasady, przez nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.

Z kolei, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym 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. Celem wprowadzenia przepisów art. 18 ustawy było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozproszonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi. Tak rozumianą zasadę jawności potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 13 października 2016 r. (sygn. akt: KIO 1835/16) wskazała, że wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. W związku z powyższym, zamawiający dokonał weryfikacji wyjaśnień z dnia 29.10.2021 r. czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę.

W ocenie Zamawiającego, wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacje te nie są powszechnie znane lub nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Wykonawca decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczając w reżim oparty na zasadzie jawności i powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność postępowania wymaga ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mimo, iż są to informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z nich jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, tak istotne jest przedstawienie przez wykonawcę dowodów, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pozwolą uznać zamawiającemu, że w tym konkretnym przypadku zasada jawności nie obowiązuje i pierwszeństwo ma ochrona informacji przedłożonych przez wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego dowody przedłożone przez wykonawcę nie potwierdzają zasadności objęcia przedłożonych wyjaśnień wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca w swym uzasadnieniu z dnia 29.10.2021 r. przedstawił Zamawiającemu ogólne uwagi wstępne zawierające odwołania do obowiązujących przepisów prawa oraz własny sposób ich interpretowania. W tym miejscu Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 10.01.2014 roku (sygn. akt I OSK 2143/13), zgodnie z którym „tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności informacja techniczna, technologiczna lub organizacyjna (...) Niewystarczającym jest powołanie się jedynie na tajemnicę przedsiębiorcy, bez szczegółowego rozwinięcia, w jakim aspekcie tajemnicę tę należałoby oceniać”.

Następnie, wykonawca w części drugiej pisma powołał się na szczegółowy charakter pytań Zamawiającego, odwołując się nie tylko do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, ale

również „do różnych aspektów funkcjonowania wykonawcy na rynku w ogóle, sposobu organizowania przez niego procesu budowy, stosowanych rozwiązań technicznych, technologii, kadry, podwykonawców. Zamawiający nie zgodził się z powyższą argumentacją wykonawcy

i wskazał, że wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29.10.2021r. w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa zawierają odpowiedzi na pytania zamawiającego, sformułowane w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem poszczególnych etapów procesu budowlanego, mającego na celu wykonanie obiektu budowlanego określonego w Opisie przedmiotu zamówienia. Charakter pytań, jak również udzielone odpowiedzi, w sposób nierozwalny związane są z zakresem robót; w sposób szczegółowy odnoszą się do sposobu ustalenia ceny ofertowej. Zamawiający podkreślił, że znaczna liczba pytań skierowanych do wykonawcy dotyczy potwierdzenia przez wykonawcę przygotowania oferty zgodnie z OPZ. Ponadto, zamawiający wymagał uszczegółowienia w zakresie sposobu ustalenia poszczególnych składowych ceny ofertowej. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż ustawa Pzp w sposób jednoznaczny i kategoryczny w art. 18 ust. 3 ustawy wyłącza możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informację o cenie lub koszcie zawartych w ofercie. Dlatego też wszelkie informacje wykonawcy odnoszące się do sposobu ustalenia ceny oferty, jak i przyjętych cen jednostkowych z mocy prawa muszą być jawne i dostępne dla innych uczestników postępowania.

Wykonawca udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiającego przedstawił również podstawowe informacje dotyczące organizacji budowy, bazując na powszechnych zasadach dotyczących organizacji procesu budowlanego. Zasady te, pochodzące ze źródeł powszechnie obowiązującego prawa są znane wszystkim uczestnikom procesu budowlanego i jako takie nie stanowią informacji poufnej. Zamawiający wskazał również, że wszelkie informacje przekazane przez wykonawcę dotyczące czy to zaangażowania środków własnych, czy też

podjęcia ewentualnej decyzji o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom, są informacjami jawnymi, które wykonawca przedstawia Zamawiającemu w treści złożonej oferty. Do kwestii tych odniosła się już pośrednio KIO w orzeczeniu z dnia 08.06.2016 r. (sygn. akt

KIO 879/16), gdzie skład orzekający stwierdził, że: „Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty podpisania umowy”.

Ponadto, Zamawiający, w swym piśmie z dnia 17.11.2021 r. uzasadnił zamiar odstąpienia załączników objętych tajemnicą przedsiębiorstwa odnosząc się kolejno do każdego z nich.

Zamawiający uznał, że przedłożona przez wykonawcę informacja dotycząca cen

kruszyw nie zasługuje na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Zakres materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia stanowi informację, którą potencjalny wykonawca musi uzyskać z udostępnionego przez Zamawiającego OPZ, przepisów prawa dotyczących realizacji robót budowlanych oraz zasad sztuki budowlanej. Sama informacja o cenach materiałów jest informacją dostępną dla wszystkich wykonawców w branży, a poziom cen przekazanych w informacji handlowej może wskazywać jedynie na udzielany rabat lub zakładany zysk i jako taki jest nierozdzielnie związany z ceną ofertową. Wykonawca nie udowodnił, że ewentualny dostawca kruszywa posiada jakieś szczególne zasoby, do których dostęp jest utrudniony dla innych wykonawców i które powodują, że tylko jeden Wykonawca może z tym dostawcą współpracować. Przedstawioną informację handlową nie można potraktować jako wynegocjowaną umowę podwykonawczą a jedynie jako ofertę wstępną.

Zdaniem Zamawiającego wykonawca przedkładając informację w zakresie wysokości średniego wynagrodzenia osób zatrudnionych nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia wartości gospodarczej informacji. Wykonawca nie wskazał bowiem na jakikolwiek nietypowy system wynagrodzeń, który uzasadniałby ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów pracy, nie wykazał także wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji.

Wykonawca nie przedstawił żadnej przyjętej polityki czy metodologii wynagradzania pracowników w swojej firmie, jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień informacje bazują na opracowanej przez wykonawcę formule, która ma unikatowy charakter dostępny wyłącznie temu wykonawcy.

Przedłożone oświadczenia osób zawierają informacje nie mogą być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa ze względu na swój ogólnikowy zakres, nie zawierający informacji mających unikatowy charakter dostępny jedynie wykonawcy. W sytuacji silnie spolaryzowanego rynku informatycznego w zakresie dostarczania oprogramowania systemowego

komputerów osobistych i biurowych, informacja o przyjętym rozwiązaniu wraz z oświadczeniem o stosowaniu szeroko pojętego oprogramowania antywirusowego, które to oprogramowanie stanowi wyposażenie standardowe i powszechnie oferowane przez producentów oprogramowania systemowego, nie może być uznane za informację posiadającą walor gospodarczy i handlowy, która zasługuje na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczenie - formularz dot. klauzuli o zachowaniu poufności, który nie zawiera żadnych danych lub informacji mających walor wartości gospodarczej. Przedłożone oświadczenie zawiera odniesienia do przepisów prawnych oraz zobowiązanie do zachowania poufności i jako takie jest jedynie zbiorem reguł postępowania o znacznym stopniu ogólności. Tym samym Zamawiający nie znalazł w przedłożonym oświadczeniu żadnych informacji mających unikatowy charakter dostępny wyłącznie temu wykonawcy, na którego zaistnienie wskazuje KIO w wyroku z dnia 29.03.2021 (sygn. akt KIO 720/21) w celu wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji.

Zdaniem Zamawiającego, decyzja wykonawcy o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień przekazanych zamawiającemu w dniu 29.10.2021 r. stanowi próbę powstrzymania możliwości weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców i nie może zasługiwać na ochronę.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i poinformowanie Odwołującego o możliwość odwołania informacji przedstawionych przez niego w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty, może narazić Odwołującego na szkodę i skutkować negatywnymi konsekwencjami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, wartości szacunkowej zamówienia, oferty Odwołującego wezwania z dnia 20 października 2021 r. i udzielonych wyjaśnień, wezwania z dnia 22 listopada 2021 r. i udzielonych wyjaśnień, zawiadomień o odtajnieniu wyjaśnień oraz załącznika nr 8 do odwołania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z rozdziału 6 SWZ wynika, że w zakres rzeczowy zadania wchodzi:

- budowa odcinka drogi ekspresowej S74 jako drogi dwujezdniowej o długości około 16,365km,
- przebudowa istniejącego układu komunikacyjnego
- budowa innych dróg publicznych i dodatkowych jezdni wraz ze zjazdami,
- budowa 2 węzłów drogowych,
- budowa Miejsca Obsługi Podróżnych (MOP),
- budowa przejazdów awaryjnych oraz wjazdów awaryjnych na drogę ekspresową,
- budowa pasów utwardzeń terenu na potrzeby utrzymania drogi ekspresowej,
- budowa urządzeń odwadniających oraz urządzeń ochrony środowiska (m.in. ekranów akustycznych).

Nie dokonano podziału zamówienia na części z uwagi na przyjętą formułę Projektuj i Buduj (P&B)

Nie dokonano podziału zamówienia na części ponieważ, zamówienie jest jednorodne, skierowane do doświadczonych wykonawców posiadających odpowiednio wykwalifikowaną kadrę i zaplecze sprzętowe, realizujących zamówienia o znacznym stopniu skomplikowania. Zakres zamówienia udzielonego w całości nie ogranicza grona wykonawców, którzy mogą się o nie ubiegać. Zamówienie realizowane będzie w całości ze względu na określony zakres przedsięwzięcia oraz termin realizacji.

6.5. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, tj. nawierzchni trasy głównej, łącznie z wytworzeniem i wbudowaniem (co najmniej 80% ilości) oraz wykonanie (co najmniej 80% ilości) pozostałych warstw konstrukcji nawierzchni powyżej gruntu rodzimego (wykop) lub nasypowego (nasyp), z wyłączeniem dostaw materiałów i usług.

W odniesieniu do kluczowych zadań zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy, w celu wykazania spełniania ośnośnych warunków udziału w postępowaniu.

6.6. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7) ustawy, polegających na powtórzeniu podobnych usług i robót budowlanych o takim samym przeznaczeniu, zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego, tj.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S 74 Przełom/Mniów - Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) w systemie zaprojektuj i wybuduj.

17. Sposób obliczenia ceny oferty

17.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Wykaz Płatności (tabele elementów zryczałtowanych) sporządzony na formularzu stanowiącym integralną część SWZ

- Tom IV.

17.2. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić opis sposobu obliczenia ceny zawarty w Tomie IV SWZ - Wykaz Płatności.

17.3. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w Wykazie Płatności wszystkie podane tam i opisane pozycje. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Wykazu Płatności. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy.

17.4. Wykonawca powinien wyliczyć cenę oferty brutto, tj. wraz z należnym podatkiem VAT

w wysokości przewidzianej ustawowo.

17.5. Cena oferty powinna być wyrażona w złotych polskich (PLN) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku i obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia.

17.6. Ceny ryczałtowe określone przez wykonawcę nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia za wyjątkiem sytuacji opisanej w Warunkach Kontraktu.

17.7. Tam, gdzie w SWZ, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, oceny techniczne, specyfikacje techniczne i systemy referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy, zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych opisywanym pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w SWZ.

17.8. Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II-IV niniejszej SWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności.

Zamawiający wyszacował wartość zamówienia podstawowego na kwotę 809 813 292,12 zł. brutto, a odwołujący złożył ofertę na kwotę 537 699 999,99zł. brutto.

W dniu 12 października 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena lub jej istotna część składowa jest rażąco niską stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Cena oferty wynosi 537 699 999,99 zł. Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek VAT wynosi 809 813 292,17 zł. Z niniejszego porównania wynika, iż cena oferty jest o 33,60 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Zamawiający podjął wątpliwości, co do możliwości wykonania przez Odwołującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

W opinii Zamawiającego oferta może nie uwzględniać wszystkich wymagań zawartych w SWZ w tym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym i WWiORB będącymi załącznikami do PFU oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena nie obejmuje całkowitego kosztu wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkich kosztów towarzyszących jej wykonaniu, mogła zostać nienależycie skalkulowana lub zaniżona poniżej kosztów wykonania zamówienia.

W celu weryfikacji oferty, jak również ustalenia stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu prosimy o przekazanie wyjaśnień oraz wskazanie przyjętych założeń/rozwiązań do

sporządzenia oferty w szczególności w zakresie:

1. Zwrócił się o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób wykonawca zamierza zapewnić zaplecze budowy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, iż takie zaplecze wykonawca będzie posiadał.
2. Jakie ilości środków finansowych wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za roboty budowlane? Czy będą to środki własne, czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?
3. Które roboty wykonawca zamierza podzlecić i czy zawarł porozumienia/umowy wstępne na podwykonawstwo dla tych robót
4. Czy wykonawca będzie w posiadaniu laboratorium dla potrzeb zapewnienia jakości materiałów i robót dla przedmiotowego zamówienia? Czy będzie ono własnością wykonawcy czy będzie je wynajmowane? Jaką kwotę netto na obsługę laboratoryjną przewidział wykonawca w swojej ofercie? Prosił o podanie kwoty oraz założonej ilości i rodzajów poszczególnych badań, jakie wykonawca uwzględnił przy składaniu oferty.
5. Czy wykonawca uwzględnił w swojej ofercie zmianę przekroju poprzecznego podaną w odpowiedziach na pytania i wykazie zmian na odcinku granica opracowania - węzeł Bugaj (zmiana z pierwotnej rezerwy terenu dla 3 pasa na zewnątrz, na rezerwę w pasie rozdziału)

6. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wykazanie bilansu robót ziemnych na drodze głównej wraz z przyjętą do kalkulacji ceną jednostkową netto za m3 gruntu (wykop, nasyp, dokop, wymiana gruntu itd.) oraz bilans humusu do zdjęcia i zagospodarowania.
 7. Jaki założono koszt całkowity netto robót ziemnych (z uwzględnieniem wymiany gruntu, wzmocnienia podłoża, wzmocnienia skarp, wywozu materiału, dowozu gruntu)?
 8. Zamawiający prosił o wskazanie, czy wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszty (i jakiej wielkości) związane z przywróceniem użytkowanych w czasie budowy dróg do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami? Jaką łączną długość dróg wykonawca założył w ofercie do przywrócenia ich do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami? Czy wykonawca założył koszt bieżącej naprawy i utrzymania tych dróg?
 9. Jaką konstrukcję nawierzchni dla trasy głównej oraz pozostałych dróg wyceniono w ofercie oraz jaką przyjęto do kalkulacji cenę netto 1m2 konstrukcji nawierzchni trasy głównej?
 10. Czy wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy, iż jest zobowiązany do osobistego wykonania kluczowych części zamówienia wskazanych w pkt 6.5 Tom I Instrukcji dla wykonawców oraz dokumencie Dane Kontraktowe Subklauzula 4.1 Ogólne zobowiązania wykonawcy Tom II? Prosił o przedstawienie dokumentów potwierdzających powyższe zobowiązanie.
 11. Jaki potencjał sprzętowy oraz jakie zasoby ludzkie (w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynierską - kierowniczą) wykonawca zamierza zaangażować do wykonania robót nawierzchniowych w postaci nawierzchni z mas bitumicznych lub/oraz betonu cementowego?
 12. Czy w swojej ofercie uwzględnił wszystkie wymagania i parametry wobec zaplanowanych w PFU obiektów inżynierskich - tabela 1.1 z pkt. 1.1.3.3? Jeśli tak, prosimy o podanie przyjętej ceny netto dla każdego obiektu inżynierskiego.
 13. Prosił o wskazanie wysokości rezerwy, jaką przyjął kalkulując ryzyka w ofercie, w przypadku przekroczenia zakładanych kosztów budowy obiektów lub zakresów przebudowy infrastruktury technicznej, wynikających z uzgodnień z gestorami sieci, warunków środowiskowych nałożonych decyzjami o środowiskowych uwarunkowaniach, które uzyskanie oraz wynikających z audytu bezpieczeństwa ruchu drogowego?
 14. Czy wykonawca uwzględnił w ofercie inne ryzyka, jeśli tak to jakie i w jakiej wysokości netto?
 15. Czy wykonawca przewiduje sprawowanie nadzoru autorskiego przez poszczególnych Projektantów dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót, do czasu wystawienia Świadectwa Wykonania?
 16. Prosił o potwierdzenie, że w cenie oferty wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości?
 17. Czy wykonawca uwzględnił w ofercie zapisy, iż jest zobowiązany zgodnie Subklauzulą 4.10 SWZ Tom 2 SWK Korzystanie z danych dotyczących Placu Budowy, do uzyskania dodatkowo we własnym zakresie i własnym staraniem pozostałych danych o Placu Budowy, poza wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SWZ?
 18. Czy wykonawca przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej terenu budowy?
 19. Jaki potencjał sprzętowy oraz jakie zasoby ludzkie (w podziale na kadrę fizyczną, operatorów i kadrę inżynierską - kierowniczą) wykonawca zamierza zaangażować do wykonania robót drogowych, mostowych oraz branżowych?
 20. Czy wykonawca będzie miał zapewnioną ciągłość dostaw kruszyw i materiałów w odpowiedniej ilości do zrealizowania robót ziemnych m.in. nasypów i wymiany gruntów?
- Prosił o przekazanie dokumentów potwierdzających zapewnienie dostaw z kopalni na ilość wynikającą z bilansu robót - przytoczonego w pytaniu nr 6.
21. Prosimy o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wykonywanie robót budowlanych w sezonie zimowym? Jaką przyjęto liczbę sezonów zimowych, w których zaplanowano roboty budowlane i jakie asortymenty robót wykonywanych zimą?
 22. Jaką lokalizację wytwórni mieszanek bitumicznych i betonowych przyjął wykonawca do kalkulacji ceny?

23. Zwrócił się o informację czy wykonawca w swej ofercie skalkulował wszystkie wymogi obostrzenia zawarte w Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach dla przedmiotowego przedsięwzięcia?

24. Zwrócił się o informację czy wykonawca w swojej ofercie skalkulował konieczność spełnienia wszystkich zapisów punktu 1.2.3.2 PFU. Prosił o wskazanie przyjętej ceny netto dla każdej pozycji (od 1 do 14) punktu 1.2.3.2 PFU.

25. Czy i w jaki sposób uwzględnił koszt wykonania dodatkowych obserwacji, badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy geologicznej podłoża? Czy Wykonawca uwzględnił w ofercie wykonanie uzupełniającej dokumentacji geologiczno-inżynierskiej w formie dodatku do przekazanej dokumentacji? Jeśli tak, prosił o podanie kosztu netto.

Oceniając wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożonymi na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę czynniki obiektywne, w szczególności czynniki wskazane

w art. 224 ust.3 ustawy, tj.:

- 1) zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska.

Zamawiający informował ponadto, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Jednocześnie, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W dniu 29 października 2021 r. Odwołujący podał następujące uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy podnosząc, że zastrzega, że niżej wymienione informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa:

- pismo - wyjaśnienia z dnia 29.10.2021 w zakresie zastrzeżonym,
- załączniki dołączone do pisma z ww. wyjaśnieniami, oznaczony jako „tajemnica przedsiębiorstwa”,
- załączniki dołączone do niniejszego pisma (uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Wykonawca oświadczył, że wyżej wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają szeroki zakres informacji o różnym charakterze, w tym informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe. Wszystkie one mają dla wykonawcy wartość gospodarczą

1) jako takie są przez wykonawcę szczególnie chronione, w szczególności przed konkurentami. Przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust.

2) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., dalej: „ustawa ZNK”) i w związku z powyższym wnosimy o nie ujawnianie ww. informacji i dokumentów złożonych wraz z ofertą lub składanych na wezwanie,

a dotyczących zagadnień poruszanych w tymże dokumencie.

UWAGI WSTĘPNE - podstawy prawne

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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 (dalej jako „ustawa ZNK”). Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, do której ustawa odsyła, za 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.

Przywołany art. 11 ust. 2 ustawy ZNK stanowi implementację definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnica przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystaniem i ujawnianiem. W świetle założeń dyrektywy, ma ona służyć ustanowieniu minimalnego standardu w zakresie zasad ochrony informacji poufnych przedsiębiorstwa jako narzędzia zarządzania konkurencyjnością oraz innowacyjnością. Zarówno zatem w świetle regulacji polskiej, jak i unijnej, można stwierdzić, że aby dana informacja podlegała ochronie musi spełniać warunki odnoszące się do:

- a) charakteru informacji,
- b) braku możliwości zapoznania się osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji (albo braku możliwości uzyskania łatwo dostępu do nich),
- c) odpowiedniego zabezpieczenia informacji.

Bliższa analiza wskazanych powyżej elementów uprawnia do twierdzenia, że w zasadzie wszystkie powyższe przesłanki da się sprowadzić do jednego wspólnego mianownika, tj. poufności. Jeżeli bowiem charakter informacji stanowi dla przedsiębiorcy określoną wartość gospodarczą, w związku z czym wykonawca ten, przy zachowaniu należytej staranności, podejmuje działania w celu jej zabezpieczenia, to dana informacja niewątpliwie jest poufna. Każda osoba zwykle zajmująca się tym rodzajem informacji nie może też mieć do niej dostępu lub nie może takiego dostępu łatwo uzyskać. Informację można zatem uznać za chronioną na podstawie przepisów ustawy ZNK wówczas, jeśli jest ona poufna. Jest to warunek konieczny dla skutecznego zastrzeżenia jej na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy ZNK.

W konsekwencji, można powiedzieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności zaś informacja o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym. Wobec powyższego należy więc stwierdzić, iż na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 ustawy ZNK ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, zaś w szczególności dotyczy to informacji handlowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych. Taką tezę potwierdza również uzasadnienie noweli ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 5 lipca 2018 roku, w którym czytamy, że: "W przepisach tych rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy". Obecnie ochronie podlega więc m.in. informacja technologiczna (np. sposoby produkcji, system sprawdzania jakości), informacja techniczna (np. projekty nieopatentowanych rozwiązań technicznych, modele rozwiązań technicznych, dane techniczne), informacja handlowa (np. porozumienia, korespondencja z kontrahentami dotycząca umów, listy dostawców, klientów, podwykonawców) informacja organizacyjna (np. zasady organizacji i zarządzania, procedury wewnętrzne, prognozy sprzedaży, system dystrybucji, wynagrodzenia wypłacane pracownikom). Należy więc stwierdzić, iż pojęcie "tajemnica przedsiębiorstwa" obejmuje szeroki katalog informacji o różnicowanym charakterze.

Jednym z kryteriów uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest natomiast posiadana przez nią wartość gospodarcza. Odwołując się do art. 11 ust. 2 ustawy ZNK sformułowaniem „inne informacje posiadające wartość gospodarczą” automatycznie przesądził, iż informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa zawsze taką wartość posiadają.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji stwierdził, iż dla jej oceny nie można przyjąć jednolitej miary, wprowadzając np. pewne minimum ujęte warto-

ściowo. W doktrynie dominuje bowiem pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie (patrz np.: A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa — zagadnienia materialnoprawne, cz. I, „Prawo Spółek” nr 11/2003 s. 32). Cel regulacji — zwalczanie nieuczciwej konkurencji — narzuca konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej”, tj. interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy więc interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne oceny, uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy. Dodał, że podobnie jak w przypadku rozumienia zasady konkurencji, nie jest i nie może być nawet postulowana jakakolwiek jawność absolutna (patrz: KIO z 12 października 2011 r., sygn. akt 2100/11).

Ponadto, Odwołujący zauważył, że zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się wagę większą niż zasadzie jawności. Wynika to z postanowień Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

W orzecznictwie KIO oraz judykaturze powszechnie akceptowany jest pogląd o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tytułem przykładu Wykonawca wskazuje na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie KIO 908/13.

Odwołujący przypomniał, że nawet jeżeli Zamawiający w toku badania skuteczności zastrzeżenia wskazanych w niniejszym piśmie informacji uzna, że nadal występują wątpliwości co do skuteczności zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa to i tak będzie uprawniony - korzystając z dyspozycji art. 223 ust. 1 ustawy - aby zwrócić się do wykonawcy w celu dalszego wyjaśnienia tej kwestii. Powyższe, pozwoli zamawiającemu uniknąć narażenia się na ryzyka cywilnoprawne przewidziane w art. 11 ust. 4 ustawy ZNK (w szczególności z uwzględnieniem regulacji zawartej art. 18 ust. 4 ustawy ZNK) jak również na sankcję karną przewidzianą w art. 23 ust. 1 ustawy ZNK.

Charakter zastrzeżonych informacji oraz wartość gospodarcza

Odnosząc powyżej zawarte uwagi wstępne do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego, Odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 224 ust 1 i ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych oraz treści oferty w celu ustalenia czy oferta złożona przez wykonawcę nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy uwzględnia wszystkie wymagania SWZ, co więcej w celu weryfikacji oferty wykonawcy pod kątem stopnia gotowości Wykonawcy do realizacji przedmiotowego kontraktu, zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia odpowiedzi na szczegółowe pytania, m. in. w zakresie: sposobu organizacji zaplecza budowy, aktualnego potencjału finansowo - majątkowego wykonawcy, zakresu podwykonawstwa, dysponowanie laboratorium, danych technicznych przyjętych do oferty w zakresie określonych zakresów robót, technologii wykonania, potencjału sprzętowego, potencjału ludzkiego, dostępności materiałów, przyjętych ryzyk.

Zamawiający wymagał zatem od wykonawcy przekazania konkretnych i szczegółowych informacji dotyczących, nie tylko samej kalkulacji wynagrodzenia przyjętego do oferty, ale przede wszystkim różnych aspektów funkcjonowania wykonawcy na rynku w ogóle, sposobu organizowania przez niego procesu budowy, stosowanych rozwiązań technicznych, technologii, kadry, podwykonawców. Wykonawca wskazuje zatem, że zastrzegł następujące informacje:

- szczegółowe wyjaśnienia, wskazujące na przyjęte wysokości elementów cenotwórczych w kalkulacji ceny ofertowej, kalkulacje własne oraz informacje na temat sposobu realizacji zamówienia i aktualnego potencjału finansowego, sprzętowego, kadrowego
- załączniki dołączone do ww. wyjaśnień, dotyczący kosztów realizacji zamówienia, oraz
- załączniki dołączone do niniejszych wyjaśnień tajemnicy przedsiębiorstwa, stanowiące dowody na okoliczność zachowania przez wykonawcę należytej staranności w ochronie własnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących ceny informacje, zdaniem Odwołującego, niewątpliwie można zaliczyć do objętej treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą dla spółki. Co istotne, wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne oceny, uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy.

Wszystkie przekazane w ramach wyjaśnień szczegóły są dla wykonawcy cenne.

Zamawiający dopytywał o kwestie, które faktycznie budują przewagę konkurencyjną danego podmiotu gospodarczego. Wyjaśnienia wykonawcy wskazują na metody optymalizacji kosztów, dobór sprzętu, technologii, kadry oraz przyjmowanej strategii i ryzyk. Jest to wiedza o podmiocie, która niewątpliwie nie ma waloru jednorazowego. Udostępnienie tej wiedzy konkurentom niewątpliwie zaszkodzi wykonawcy. Ich ujawnienie będzie miało negatywny wpływ na sytuację kontraktową wykonawcy oraz prowadzone rozmowy handlowe, a w konsekwencji może narazić wykonawcę na poniesienie szkody. Wykonawca nie będzie mógł skutecznie jak dotychczas ubiegać się o zamówienia publiczne.

Potencjalna szkoda w przypadku ujawnienia tych informacji objawia się tym, że zniweczona zostałaby strategia wykonawcy wypracowana na potrzeby realizacji inwestycji publicznych. Przez to, wykonawca mógłby zostać pozbawiony określonego przychodu związanego z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Zastrzeżone jako poufne pismo z wyjaśnieniami, jak i załączniki zawierają informacje techniczne (projekty rozwiązań technicznych), technologiczne (dane produkcyjne), organizacyjne (zasady organizacji kadry, wynagradzania, procedury wewnętrzne) i informacje handlowe (listy dostawców, podwykonawców). Ponadto, wykonawca kalkulacjami i wyjaśnieniami ujawnia także informacje dotyczące jego wewnętrznych procedur, struktur organizacyjnych oraz systemów zarządzania, które zostały opracowane w oparciu o doświadczenie wykonawcy. Pozyskanie takich dokumentów przez konkurencję może niewątpliwie narazić wykonawcę na szkodę w postaci, uzyskania przez konkurentów informacji na temat potencjalnych kontrahentów (podwykonawców), sposobu działania wykonawcy oraz jego struktur organizacyjnych.

Wykonawca podkreślił wyraźnie, że wskazane dokumenty zawierają w całości informacje wrażliwe z punktu widzenia ochrony jego interesów, ponieważ dotyczą informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym i handlowym, które stanowią cenne know-how wykonawcy dotyczące szczegółowego sposobu działania oraz organizacji, skali prowadzonej działalności, klientów oraz rynku zbytu, a ponadto odznaczają się realną wartością gospodarczą, szczególnie na rynku właściwym na, którym działa wykonawca, a który cechuje znacząca konkurencyjność. Są tym samym cennym know-how wykonawcy, które decydują o przewadze konkurencyjnej, a tym samym nie powinny zostać ujawnione do publicznej wiadomości. Właśnie ten zbiór cennych informacji, jako całość, stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami rynku.

Ze wskazanych powyżej powodów informacje te podlegają ochronie i mogą być skutecznie zastrzeżone. Stanowisko to jest ugruntowane zarówno przez praktykę działań samych wykonawców (zastrzeganie takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa) jak i orzecznictwo. W tym zakresie należy wskazać na:

- a) orzeczenie Sądu Antymonopolowego z 30 października 1996 r. (sygn. akt: XVII Amz 3/96),
- b) orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 listopada 2014r. (sygn. akt VI SA/Wa 2506/14)

Po drugie, informacje w tym szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępne. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2003 roku (I CKN 89/01) „przepis art. 11 ust 4 [obecnie: art. 11 ust. 2 ustawy ZNK — przyp. Wykonawcy] ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze”.

Szczegółowe okoliczności faktyczne i prawne związane z metodologią kalkulacji i know-how dotyczącym realizacji zamówienia nie są publicznie znane lub łatwo dostępne.

Odwolujący zauważył, że o ile pewne ogólne kwestie czy sam fakt posiadania kontrahentów są znane czy też możliwe do ustalenia, to tak szczegółowy zestaw informacji jest niedostępny i nie był ujawniany. W konsekwencji, umiejscowienie tych informacji w tym zbiorze sankcjonuje objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1195/11.

Nie ulega wątpliwości, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzającymi realność zaoferowanej ceny, uwzględnienie w niej wszystkich czynników kosztotwórczych oraz zysku stanowią informację o charakterze organizacyjnym przedsiębiorstwa i są dokumentami wewnętrznymi wykonawcy. Znajdujące się tam dane zawierają np. metodologię kosztorysowania, informacje dotyczące posiadanych potencjałów, wzajemnych zobowiązań, systemu zarządzania w ramach prowadzonej działalności. W świetle powyższego, przedmiotowe informacje noszą cechy informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, a zatem spełniają pierwszą z przesłanek wyrażonych w art. 11 ust. 4 ustawy ZNK. Ponadto, podjęto wobec

tych informacji działania, które miały na celu zachowanie ich poufności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań, (np. wyrok Sądu Najwyższego I zba Cywilna z dnia 6 czerwca 2003 r., IV CKN 211/01; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00). Ponieważ informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach nie były udostępniane szerszemu kręgowi osób, dlatego zasadne jest zastrzeżenie wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do załączników niniejszego pisma, Odwołujący wskazał, że są to typowe informacje organizacyjne, które pozwalają na skuteczną ochronę własnych interesów. Ten know-how wykonawcy, w jaki sposób budować ochronę informacji poufnych (w tym tajemnicy przedsiębiorstwa) przekłada się na lepsze funkcjonowanie na rynku. Nie wystarczy bowiem mieć subiektywne przeświadczenie, że działania podejmowane w celu zachowania informacji w poufności są wystarczające. Należy podejmować takie działania, które w sposób rzeczywisty zapewniają, że informacje poufne nie dostaną się w ręce osób do tego nieuprawnionych. W szczególności, działania te powinny być na tyle skuteczne, aby osoby które w złych zamiarach chciałyby powziąć chronione informacje, zostaną skutecznie powstrzymane. Podejmowane przez niego działania, wskazane w niniejszych wyjaśnieniach oraz poparte dowodami, w sposób rzeczywisty dowodzą, że wykonawca chroni poufne informacje, tak aby tajemnica przedsiębiorstwa pozostała znana wyłącznie ściśle określonej i kontrolowanej liczbie osób.

Działania podjęte przez wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i dokumentów w poufności

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący podjął, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności.

Odwołujący wyraża wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności, czego przejawem jest ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po drugie, informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej. Po trzecie, dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wykonawca podjął szereg działań o charakterze zarówno informatycznym, fizycznym jak i prawnym.

Mówiąc o działaniach o charakterze informatycznym i fizycznym wspomniał o wprowadzonych wewnętrznych regułach obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również o technologii zabezpieczającej bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, że z uwagi na szczególny charakter postępowania, dostęp do informacji zastrzeżonych wykonawcy miała bardzo ograniczona grupa osób. Nawet pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy korzystający na co dzień z wewnętrznego systemu dokumentów nie posiadali dostępu do tych informacji. Nie było też możliwe uzyskanie wglądu do informacji, o których mowa, przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę. Potwierdzeniem powyższego jest oświadczenie pracownika, zatrudnionego na stanowisku informatyka w dziale IT wykonawcy.

Dowód: Oświadczenia pracownika, zatrudnionego na stanowisku informatyka w dziale IT MIRBUD SA (Załącznik nr 1 - tajemnica przedsiębiorstwa).

Dowód: Oświadczenia pracownika, zatrudnionego na stanowisku informatyka w dziale IT KOBYLARNIA SA (Załącznik nr 2 - tajemnica przedsiębiorstwa).

Poza informatycznymi i fizycznymi środkami ochrony Odwołujący, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę. Dostęp do tych informacji mają tylko i wyłącznie specjalnie wyznaczeni do tego przedstawiciele wykonawcy oraz jego doradcy prawni i techniczni. Osoby te posiadają umowne klauzule zachowania w poufności posiadanych informacji. Stąd też, ujawnienie tych informacji wiązałoby się z nadmiernymi trudnościami oraz konsekwencjami nie tylko finansowymi, ale również prawnymi dla tych osób.

Dysponenci informacji zobowiązują się przestrzegać zasad poufności dotyczącej wszystkich uzyskanych informacji w trakcie realizacji prac. Te zasady dotyczą informacji przekazywanej ustnie, pisemnie oraz w postaci informacji zapisanych elektronicznie, które są lub nie są oznaczone klauzulą poufności, a zawierają informacje dotyczące wykonawcy.

Niezależnie od powyższego, w umowach ze swoimi pracownikami oraz współpracownikami, podwykonawcami czy usługodawcami zawarte są odpowiednie klauzule zabezpieczające poufność przekazywanych informacji, zgodnie z którymi dana osoba lub podmiot zobowiązuje się do utrzymania jakichkolwiek informacji dotyczących usług świadczonych na podstawie umowy, a także informacji uzyskanych w trakcie jej wykonywania lub z innego źródła.

Dowód: Oświadczenie dot. klauzuli o zachowaniu poufności zawarte w stosowanych przez wykonawcę wzorach umowy (Załącznik nr 3 - tajemnica przedsiębiorstwa).

Prawidłowość interpretacji powyższych działań, do celów uznania, iż wykonawca podejmuje stosowne kroki w celu zachowania w poufności przedmiotowych informacji potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1195/11.

Jednocześnie pojęcie informacji poufnych jest rozumiane u Odwołującego bardzo szeroko, jako wszelkie informacje pozyskane przez wykonawcę lub dostarczone lub ujawnione wykonawcy lub jego partnerom, pracownikom, współpracownikom, podwykonawcom przez kontrahenta przed lub po złożeniu oświadczenia o zachowaniu poufności na piśmie lub ustnie, bądź w jakiegokolwiek innej formie, w tym informacje uzyskane w rozmowach z przedstawicielami kontrahenta, doradcami, pracownikami lub podmiotami zależnymi od kontrahenta, jak również w szczególności informacje dotyczące stosowanych przez kontrahenta w działalności gospodarczej praktyk i metod, dotyczące klientów, dostawców, cen i strategii cenowych, produktów, planu rozwoju produktów, strategii marketingowych, umów zawieranych z osobami trzecimi oraz wszelkie inne informacje, które kontrahent uznaje za poufne, bądź nie są dostępne publicznie.

W świetle powyższego Odwołujący zaznaczył, że dokonując oceny skuteczności zastrzeżenia wskazanych na wstępie niniejszego pisma informacji, zamawiający podejmie decyzję o tym co jest, a co nie jest tajemnicą wykonawcy, a zatem oceny daleko wykraczającej poza samo prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego cel. Z tego względu konieczna jest daleko posunięta ostrożność i dbałość o przestrzeganie uzasadnionych interesów wykonawcy. Czynności Zamawiającego nie powinny bowiem wykraczać poza prowadzenie postępowania, powodując zaistnienie negatywnych dla wykonawcy konsekwencji także w innych sferach jego działalności, w tym tych, które nie wiążą się bezpośrednio z danym postępowaniem przetargowym.

Ze względu na szczegółowe informacje dotyczące sposobu zabezpieczania informacji i dokumentów, ich poufnego charakteru, a także zakresu przedstawionych informacji, załączniki do niniejszego pisma zasługują na objęcie ich w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał, że podjął szereg działań, aby zachować w poufności dokumenty będące załącznikami do niniejszego pisma, a także, aby zawarte w nim informacje nie były dostępne do zapoznania się przez osoby zwykle zajmujące się tym rodzajem informacji (w zasadzie dostęp do nich nie jest możliwy). Ujawnienie treści nw. załączników skutkowałoby bowiem ujawnieniem sposobu chronienia informacji (know-how), ale również podaniem do publicznej wiadomości wypracowanych standardów i wzorców zachowań, pozwalających utrzymać wykonawcy konkurencyjną przewagę nad innymi uczestnikami obrotu gospodarczego.

W dniu 17 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu jego wyjaśnień z następujących względów:

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy 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 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególności 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.

Jak wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, informacja ma charakter technologiczny, o ile dotyczy szeroko rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem pro-

dukcyjnym. Informacja „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą (por.: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. - I CKN 304/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 r. - I CKN 1159/00, wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r. - I CKN 89/01).

Zamawiający ma obowiązek ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. Celem wprowadzenia przepisów art. 18 ustawy Pzp było wprowadzenie w zamówieniach publicznych kontroli rozporządzonej, czyli przede wszystkim kontrolowanie prawidłowości postępowania przez innych wykonawców w taki sposób aby każdy zainteresowany mógł mieć wgląd do dokumentacji postępowania i wyrazić swoje uwagi.

Z kolei w wyroku z dnia 13 października 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt: KIO 1835/16) wskazała, że wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego. Mając powyższe na uwadze, zamawiający dokonał weryfikacji czy przedstawione przez wykonawcę informacje zasługują na ochronę.

Wykonawca w piśmie z dnia 29.10.2021 r. zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 29.10.2021 r. oraz złożonych załączników:

- pismo - wyjaśnienia z dnia 29.10.2021 w zakresie zastrzeżonym
- załączniki dołączone do pisma z ww. wyjaśnieniami, oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”,
- załączniki dołączone do niniejszego pisma (uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa”,

jednocześnie oświadczając, że „wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają szeroki zakres informacji o różnym charakterze, w tym informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe. Wszystkie one mają dla wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie są przez wykonawcę szczególnie chronione, w szczególności przed konkurentami. Przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacje te nie są powszechnie znane lub nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

Zamawiający podkreślił, że informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać łącznie przesłanki ustawowe określone w przywołanym przepisie. Podkreślił, że wykonawcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności i powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem procedur określonym przepisami zamówieniach publicznych. Jawność postępowania wymaga ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mimo, iż są to informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z nich jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, tak istotne jest przedstawienie przez wykonawcę dowodów, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pozwolą uznać zamawiającemu, że w tym konkretnym przypadku zasada jawności nie obowiązuje i pierwszeństwo ma ochrona informacji przedłożonych przez wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego dowody przedłożone przez wykonawcę nie potwierdzają zasadności objęcia przedłożonych wyjaśnień wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wykonawca w swym uzasadnieniu z dnia 29.10.2021 r. przedstawił Zamawiającemu uwagi wstępne zawierające odwołania do obowiązujących przepisów prawa oraz własny sposób ich interpretowania. Następnie w części drugiej pisma powołał się na szczegółowy charakter pytań Zamawiającego, odwołując się nie tylko do sposobu kalkulacji ceny ofertowej ale również „doróżnych aspektów funkcjonowania wykonawcy na rynku w ogóle, sposobu organizowania przez niego procesu budowy, stosowanych rozwiązań technicznych, technologii, kadry, podwykonawców” Zamawiający nie zgadza się z powyższą argumentacją wyko-

nawcy i wskazał:

- wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29.10.2021 r. w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa zawierają odpowiedzi na pytania Zamawiającego, sformułowane w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej z uwzględnieniem poszczególnych etapów procesu budowlanego, mającego na celu wykonanie obiektu budowlanego określonego w Opisie przedmiotu zamówienia. Charakter pytań, jak również udzielone odpowiedzi, w sposób nierozdzielny związane są z zakresem robót; w sposób szczegółowy odnoszą się do sposobu ustalenia ceny ofertowej. Zamawiający podkreślił, że znaczna liczba pytań skierowanych do wykonawcy dotyczy potwierdzenia przez wykonawcę przygotowania oferty zgodnie z OPZ. Ponadto Zamawiający wymagał uszczegółowienia w zakresie sposobu ustalenia poszczególnych składowych ceny ofertowej.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż ustawa Pzp w sposób jednoznaczny i kategoryczny w art.18 ust. 3 wyłącza możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o cenie lub koszcie zawartych w ofercie. Dlatego też wszelkie informacje wykonawcy odnoszące się do sposobu ustalenia ceny oferty jak i przyjętych cen jednostkowych z mocy prawa muszą być jawne i dostępne dla innych uczestników postępowania.

Wykonawca udzielając odpowiedzi na pytania Zamawiającego przedstawił również podstawowe informacje dotyczące organizacji budowy, bazując na powszechnych zasadach dotyczących organizacji procesu budowlanego. Zasady te, pochodzące ze źródeł powszechnie obowiązujących prawa są znane wszystkim uczestnikom procesu budowlanego i jako takie nie stanowią informacji poufnej. Zamawiający wskazał również, że wszelkie informacje przekazane przez wykonawcę dotyczące czy to zaangażowania środków własnych, czy też podjęcia ewentualnej decyzji o powierzeniu części zamówienia podwykonawcom, są informacjami jawnymi, które wykonawca przedstawił Zamawiającemu w treści złożonej oferty.

Zdaniem Zamawiającego, decyzja wykonawcy o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień przekazanych Zamawiającemu w dniu 29.10.2021 r. stanowi próbę powstrzymania możliwości weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców i nie może zasługiwać na ochronę.

Odnosząc się szczegółowo do przedstawionych załączników mających charakter źródłowy stosunku do wyjaśnień wykonawcy, Zamawiający wskazał:

- wyciąg ze stanu aktywów środków trwałych Zamawiający zapoznał się ze stanem aktywów środków trwałych. Wykonawca w swych wyjaśnieniach wymienia realizowane inwestycje drogowe oraz oświadcza, że „...wielokrotnie ofertował, realizował, jak również aktualnie realizuje zadania w formule „zaprojektuj i wybuduj” o analogicznym charakterze, podobnej wielkości i złożoności.” oraz „Realizacja wyżej wskazanych inwestycji przebiegała i przebiega płynnie, profesjonalnie, z pełnym zaangażowaniem wysoko wykwalifikowanej kadry technicznej i administracyjnej, przy użyciu wyspecjalistycznego, nowoczesnego sprzętu, w pełnej zgodności z wymaganiami określonymi w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, ku zadowoleniu Zamawiających”. Z oświadczenia wykonawcy wynika zatem, że urządzenia wymienione w wykazie aktywów używane są przez wykonawcę w realizacji umów zawartych w wyniku przeprowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych co oznacza, że stopień ich zaangażowania w realizację robót budowlanych jest powszechnie znany. Ponadto sama informacja o stanie aktywów w zakresie posiadanego sprzętu, nie daje wykonawcy przewagi gospodarczej lub handlowej, ponieważ jest to zbiór ogólnodostępnych narzędzi i może jedynie wskazywać na zakres samodzielnego zaangażowania się wykonawcy czy też ewentualną konieczność udziału podwykonawców.

- informacja handlowa dotycząca możliwości sprzedaży kruszyw

Zamawiający uznał, że przedłożona przez wykonawcę informacja dotycząca cen kruszyw niezasługuje na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa. Zakres materiałów potrzebnych do realizacji przedmiotu zamówienia stanowi informację, którą potencjalny Wykonawca musi uzyskać z udostępnionego przez Zamawiającego OPZ, przepisów prawa dotyczących realizacji robót budowlanych oraz zasad sztuki budowlanej. Sama informacja o cenach materiałów jest informacją dostępną dla wszystkich wykonawców w branży, a poziom cen przekazanych informacji handlowej może wskazywać jedynie na udzielany rabat lub zakładany zysk i jako taki jest nierozdzielnie związany z ceną ofertową. Wykonawca nie udowodnił, że ewentualny dostawca kruszywa posiada jakieś szczególne zasoby, do których dostęp jest utrudniony dla innych wykonawców i które powodują, że tylko jeden wykonawca może z tym dostawcą współpracować. Przedstawioną informację handlową nie można potraktować jako wynegocjowaną umowę podwykonawczą a jedynie jako ofertę wstępną.

Informacja o średnim wynagrodzeniu

Zdaniem Zamawiającego wykonawca przedkładając informację w zakresie wysokości

średniego wynagrodzenie osób zatrudnionych nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia wartości gospodarczej informacji. Wykonawca nie wskazał bowiem na jakikolwiek nietypowy system wynagrodzeń, który uzasadniałby ochronę informacji dotyczących przyjętych kosztów pracy, nie wykazał także wartości niematerialnej zastrzeżonych informacji.

Wykonawca nie przedstawił żadnej przyjętej polityki czy metodologii wynagradzania pracowników w swojej firmie, jak również nie wykazał, iż przedstawione w treści wyjaśnień informacje bazują na opracowanej przez wykonawcę formule, która ma unikatowy charakter dostępny wyłącznie temu wykonawcy.

Oświadczenia pracowników zatrudnionych na stanowisku informatyka w dziale zawierają informacje, które nie mogą być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa ze względu na swój ogólnikowy zakres, nie zawierający informacji mających unikatowy charakter dostępny jedynie wykonawcy. W sytuacji silnie spolaryzowanego rynku informatycznego w zakresie dostarczanego oprogramowania systemowego komputerów osobistych i biurowych, informacja o przyjętym rozwiązaniu wraz z oświadczeniem o stosowaniu szeroko pojętego oprogramowania antywirusowego, które to oprogramowanie stanowi wyposażenie standardowe i powszechnie oferowane przez producentów oprogramowania systemowego, nie może być uznane za informację posiadającą walor gospodarczy i handlowy, która zasługuje na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oświadczenie dot. klauzul o zachowaniu poufności

Wykonawca objął tajemnicą przedsiębiorstwa oświadczenie - formularz, który nie zawiera żadnych danych lub informacji mających walor wartości gospodarczej. Przedłożone oświadczenie zawiera odniesienia do przepisów prawnych oraz zobowiązanie do zachowania poufności i jako takie jest jedynie zbiorem reguł postępowania o znacznym stopniu ogólności.

Tym samym Zamawiający nie znajduje w przedłożonym oświadczeniu żadnych informacji mających unikatowy charakter dostępny wyłącznie temu wykonawcy. W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wykazał, że dokumenty i informacje, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i że zostały spełnione łącznie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazał, że z dniem 29.11.2021r. odtajni wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29.10.2021r. złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 12.10.2021r.

W dniu 22 listopada 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień:

w uzupełnieniu udzielonych wyjaśnień dot. badania rażąco niskiej ceny, w nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 6. o wykazanie bilansu robót ziemnych na drodze głównej, prosił o doprecyzowanie przyjętych w wyjaśnieniach założeń i uzasadnienie ich zgodności z wymaganiami PFU.

W dniu 29 listopada 2021 r. Odwołujący udzielił wyjaśnień, je również obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający wskazał, że odtajnia dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29.11.2021 r. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia

22.11.2021 r.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący poinformował, że w piśmie z dnia 29.10.2021 r. zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa dodatkowych wyjaśnień z dnia

29.11.2021 r., w którym oświadczył, że „wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają szeroki zakres informacji o różnym charakterze, w tym informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne i handlowe. Wszystkie one mają dla wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie są przez wykonawcę szczególnie chronione, w szczególności przed konkurentami. Przedmiotowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...”

W ocenie Zamawiającego wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą oraz że informacje te nie są powszechnie znane lub nie są łatwo dostępne dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji.

Zamawiający podkreślił, że informacja podlegająca ochronie na podstawie art. 11

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji musi spełniać łącznie przesłanki ustawowe określone w przywołanym przepisie. Jednocześnie podkreślił, że wykonawcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności i powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem procedurom określonym przepisami zamówieniach publicznych. Jawność postępowania wymaga ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mimo, iż są to informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z nich jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, tak istotne jest przedstawienie przez wykonawcę dowodów, które w sposób jednoznaczny i wyczerpujący pozwolą uznać Zamawiającemu, że w tym konkretnym przypadku zasada jawności nieobowiązuje i pierwszeństwo ma ochrona informacji przedłożonych przez wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego dowody przedłożone przez wykonawcę nie potwierdzają zasadności objęcia przedłożonych dodatkowych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający ponowił argumentację zawartą w piśmie z dnia 17 listopada 2021 r. Zamawiający oświadczył, że z dniem 14.12.2021r. odstąpił dodatkowe wyjaśnienia wykonawcy z dnia 29.11.2021r. złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22.11.2021r.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie w pełni zasługiwało na uwzględnienie.

Przechodząc do rozpoznania istoty zarzutów odwołania, czy przedstawione przez Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz informacje znajdujące się w wyjaśnieniach dotyczących ceny mogą stanowić taką tajemnicę danego przedsiębiorstwa, w ramach uwag natury ogólnej, zauważyć należy, że definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta została w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.),

zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z legalnej definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” wynika, iż za taką tajemnicę może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- i) ma charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- ii) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- iii) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Oдноśnie warunku pierwszego powszechnie przyjmuje się, że przepis ten wyłącza możliwość uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które można uzyskać w zwykłej drodze, w szczególności w sytuacji, gdy istnieje obowiązek ich ujawniania na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Oдноśnie warunku drugiego (tj. nieujawnienie do wiadomości publicznej) przyjmuje się, że informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja, która nie jest znana ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (potencjalny konkurent) może dowiedzieć się o niej drogą zwykłą i dozwoloną.

Oдноśnie warunku trzeciego (tj. podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności) - należy zaznaczyć, iż podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony.

Dalej dostrzeżenia wymaga, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w ustawie Pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Przy czym podkreślić należy, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby sądów powszechnych dotyczące tej materii. Ocenie Zamawiającego podlegać powinna również okoliczność, czy Wykonawca zastrzegając dane informacje przedstawił dowody na potwierdzenie tez zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia. Chodzi tu między innymi o przykładowe klauzule o zachowaniu informacji w poufności, wyciągi z polityki bezpieczeństwa, wyciągi z umów o pracę, stosowane systemy czy programy zabezpieczające dostęp do informacji osobom nieuprawnionym.

Przenosząc powyższe rozważania na zaistniały w sprawie stan faktyczny, skład orzekający Izby wyraża przekonanie, że Odwołujący przedstawiając uzasadnienie dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień cenowych, wykazał przesłanki warunkujące uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Złożone wyjaśnienia mają obszerny i szczegółowy charakter, odnoszą się do kwestii, o które pytał w wezwaniach Zamawiający, a które to kwestie nie wynikają z opisu przedmiotu zamówienia. W tym przypadku Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, że zamówienie realizowane jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a więc to od doświadczenia i umiejętności danego przedsiębiorcy (czy też zespołu przedsiębiorców) zależeć będzie organizacja pracy i przebieg realizacji przedmiotu umowy. Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego uważa zastosowane przez Odwołującego rozwiązania odnosząc się do organizacji budowy za powszechnie obowiązujące i dostępne. Izba zdaje sobie sprawę, że element taki odnosi się już do oceny wiarygodności złożonych wyjaśnień dotyczących ceny, tym niemniej jeżeli Zamawiający przywołał w swoim stanowisku taką argumentację, to winien ją chociaż w jakiś sposób merytorycznie uzasadnić. Nie negując tezy, że to Wykonawca ma uzasadnić prawidłowość zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa i przedstawić w tym zakresie wiarygodne dowody, Zamawiający oceniając i informując o tym, że zastrzeżenie ma charakter nieskuteczny, musi pamiętać, że decyzja ta może być podstawą do złożenia środków ochrony prawnej. Tym samym to przedstawione przez Zamawiającego stanowisko umożliwiać ma podjęcie Wykonawcy polemiki w odwołaniu.

Dalej w ocenie Izby Wykonawca wykazał, że dane mają charakter informacji poufnych. Wskazał, jakie środki podjęto by dostęp do informacji nie miał charakteru powszechnego. Przedstawiona argumentacja dowodzi wartości gospodarczej złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami. Odnosi się do szeregu informacji o charakterze organizacyjnym, handlowym, sposobie organizowania pracy zespołu dedykowanego do realizacji zamówienia, ilości sprzętu, który posiada wykonawca i zamierza wykorzystać przy realizacji zadania, sposobu zaplanowania i zorganizowania procesu budowlanego, rozplanowania prac, podejścia do badań, korzystania z laboratorium, współpracy z podwykonawcami. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że te elementy przełożyły się na całokształt wyliczeń ceny ofertowej.

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (tak wyrok WSA z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). W wyjaśnieniach przedstawiono strukturę zatrudnienia u Odwołującego i opisano ile osób planuje on zatrudnić w ramach poszczególnych grup zawodowych do realizacji przedmiotu umowy. Złożono również dodatkowe oświadczenia obrazujące wysokość średniego wynagrodzenia pracownika w spółkach wraz z narzutami i kosztami pracodawcy. Dane te zawierają informacje o charakterze wrażliwym, obrazują poziom wynagrodzenia dla poszczególnych pracowników zatrudnionych u Odwołującego. Gdyby dane te udostępniono, możliwe byłoby prześledzenie sporządzenia kalkulacji ceny ofertowej oraz poznanie wysokości wynagrodzeń wypłacanych pracownikom. Zamawiający podnosił, że Odwołujący w wyjaśnieniach nie przedstawił żadnej przyjętej polityki czy metodologii wynagradzania pracowników w swojej firmie. Jednakże zauważyć należy, iż w zadanych pytaniach Zamawiający takich informacji nie żądał. Pytania w zakresie

wynagrodzeń pracowniczych odnosiły się ogólnie do aspektów związanych ze stawkami wynagrodzenia.

Dodatkowo uzasadnienie zastrzeżenia złożone Zamawiającemu kategoryzuje informacje i przedstawia dla nich argumenty dotyczące poufności danych. Informacja handlowa może obejmować całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, ale nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r., I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59). Za informacje takie uznaje się informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników.

Odwołujący określił w jakich elementach realizacji przedmiotu zamówienia możliwe jest osiągnięcie oszczędności, które pozwoliły zredukować cenę oferty, podał jakie procesy i czynniki wpływają na optymalizację wykonywania projektu.

Złożone wyjaśnienia zawierają również elementy dotyczące zidentyfikowanych przez Wykonawcę ryzyk, szczegółowy opis tych ryzyk i określenie możliwości stopnia ich wystąpienia. Jest to koncepcja opracowana samodzielnie przez Wykonawcę, danych takich nie ujęto w SWZ. Z pewnością nie są powszechnie dostępne także informacje o posiadanych przez danego Wykonawcę aktywach środków stałych. To, jakim potencjałem technicznym dysponuje Wykonawca i w jaki sposób potencjał ten może być w ramach realizacji umowy spożytkowany stanowi informacje o charakterze organizacyjnym danego przedsiębiorstwa. Okoliczność, że sprzęt ten był i jest wykorzystywanych na innych inwestycjach realizowanych przez Wykonawcę, nie zmienia faktu, że właśnie dopasowanie posiadanej bazy do potrzeb danego Zamawiającego może wpłynąć na możliwość obniżenia ceny ofertowej.

Niewątpliwie złożone wyjaśnienia obrazują indywidualne podejście do szacowania elementów przedmiotu zamówienia, przedstawiają plan, według którego zamierza realizować umowę Wykonawca. Wskazują, że Odwołującego bazuje na danych i doświadczeniu zdobytym w toku wieloletniej działalności na rynku oraz wykonywaniu innych umów na rzecz różnych zamawiających, co potwierdza zawarta w wyjaśnieniach lista projektów, z sukcesem zrealizowanych przez Odwołującego.

Odwołujący słusznie w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji podkreślił, że złożone wyjaśnienia, a przede wszystkim załączniki do wyjaśnień przedstawiają sytuację handlową między Odwołującym a różnymi kontrahentami, z którymi podmiot ten współpracuje. Zwłaszcza z treści załączników można uzyskać informacje jaki poziom cen udało się Wykonawcy uzyskać choćby u dostawców kruszyw. Zamawiający nie udowodnił swoich twierdzeń prezentowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w odpowiedzi na odwołanie, że przedstawione dokumenty zawierają ceny o charakterze rynkowym. Argumentacja ta nie została poparta jakimkolwiek materiałem dowodowym, co biorąc pod uwagę charakter prowadzonej przez Zamawiającego działalności i ilość realizowanych inwestycji drogowych, nie powinno stanowić żadnego problemu.

Badając, czy Odwołujący w wystarczający sposób wykazał, że informacje znajdujące się w wyjaśnieniach nie są powszechnie dostępne i że w stosunku do nich podjęto odpowiednie zabezpieczenia, dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący opisał w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jakie działania o charakterze informatycznym i fizycznym wprowadzono w ramach wewnętrznych reguł obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również podał jakie technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatyczne przedsiębiorstwa stosuje, co szczegółowo potwierdzają oświadczenia pracowników działów IT. Zamawiający w informacji o uznaniu zastrzeżenia za nieskuteczne podał, że są to środki standardowo stosowane przez Wykonawców. Izba podkreśla, że stosowane rozwiązania informatyczne nie muszą mieć ponadwymiarowego, ponadstandardowego charakteru, by uznać je za skuteczne. Mają to być takie środki i metody, które zapewniają poufność informacji i reglamentują dostęp do niej w strukturze danego przedsiębiorstwa.

Poddając analizie przesłankę wykazania wartości gospodarczej dla zastrzeganych informacji, Izba uważa, że element ten został przez Odwołującego wykazany. Szczegółowy opis sposobu wyliczenia ceny za wykonanie robót budowlanych, w tym przedstawienie kosztów stałych, zmiennych, szacowanie ryzyk, redukcja kosztów finalnie prowadzi do ceny ofertowej, która daje danemu Wykonawcy przewagę nad konkurencyjnymi wykonawcami. Poznanie strategii budowania ceny przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Izba podziela pogląd, zgodnie z którym wartość gospodarcza nie musi każdorazowo być wyrażona jako wartość wymierna, konkretna kwota. Wartość ta może być przedstawiona w ramach korzyści, które może osiągnąć dany wykonawca w ramach profilu prowadzonej działalności, czy też strat jakie może ponieść, kiedy informacje te tracą walor poufności. Ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza to sformułowanie,

nie określa również w żaden sposób jak należy ową wartość gospodarczą ustalić. Uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Izba podziela argumentację Zamawiającego, że wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Dostrzeżenia w ocenie składu Izby wymaga, że Odwołujący takie obiektywne przesłanki przedstawił.

Izba uważa również, że przedstawione przez Odwołującego dokumenty jako załączniki do wyjaśnień oraz do uzasadnienia zastrzeżenia informacji także mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Załączniki te odnoszą się do dokumentów wewnętrznych funkcjonujących u Wykonawcy. Stanowią one wyciągi z takich dokumentów, dotyczą klauzul poufności zawieranych w umowach tak z pracownikami, współpracownikami czy w innych kontraktach z klientami zewnętrznymi, zawierają wykazy środków technicznych, które składają się na całokształt przedsiębiorstwa danego podmiotu.

Z tych powodów ich traktowanie jako tajemnica przedsiębiorstwa jest uzasadnione.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie w pełni zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: