Sygn. akt: KIO 437/22

KIO 439/22

WYROK

z dnia 4 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 2 marca 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 lutego 2022 r.

przez wykonawcę: Budia-Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy [„Odwołujący”]

w postępowaniach pn.:

A. Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu - droga ekspresowa S8

(nr postępowania O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr) - sygn. akt KIO 437/22

B. Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu - droga ekspresowa S8

(nr postępowania O/Ł.D-3.2413.16.2021.jo) - sygn. akt KIO 439/22

prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawców:

A. FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie

B. ROKOM sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, „POL-DRÓG Warszawa” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D.S. „S.” w Łodzi, G&P M.M., P.M. sp. j. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia

- zgłaszających w obu sprawach przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach obciąża Odwołującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 30000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 7200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

U z a s a d n i e n i e

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia na usługi pn.:

Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Sieradzu - droga ekspresowa S8 (nr postępowania O/Ł.D-3.2413.15.2021.mr) oraz Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu - droga ekspresowa S8 (nr postępowania O/Ł.D-3.2413.16.2021.jo).

Ogłoszenia o tych zamówieniach 29 października 2021 r. zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na 2021/S_2011 pod poz. 5538511 i 553850.

Wartość każdego z tych zamówień przekracza progi unijne.

7 lutego 2022 r. Zamawiający w ramach obu prowadzonych postępowań zawiadomił Budię-Standard sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy {dalej: „Budia”} o odtajnieniu informacji zawartych we wszystkich dokumentach złożonych przez nią 24 stycznia 2022 r. w ramach wyjaśnień dotyczących ceny.

17 lutego 2022 r. Budia {dalej również: „Odwołujący”} wniosła odwołania od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołując zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {jeżeli poniżej nie wskazano innych aktów prawnych}:

1. Art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.) {dalej również: „uznk”} - przez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy Budia, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegła, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazała, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym wartość gospodarczą informacji (co kwestionuje Zamawiający) wskazując, że ujawnienie całości tych informacji może wpłynąć na sytuację Budii na rynku przez naruszenie jego relacji z podmiotami konkurencyjnymi (polegające m.in. na ułatwieniu konkurentom przewidzenia poziomu ceny w innych postępowaniach, poznania szeroko pojętego know-how, strategii w ramach współpracy z podmiotami trzecimi), w konsekwencji prowadząc do rzeczywistego zagrożenia chronionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, przy czym konkretne skutki są

trudne do przewidzenia, a jednocześnie opis szczegółowego sposobu kalkulacji ceny, metodologii wyliczeń, dane pozwalające na identyfikację podmiotów trzecich udostępniających potencjał (a przez to umożliwiające prześledzenie kontaktów biznesowych) oraz strategia działania Budii stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Art. 18 ust. 3 w zw. z art. 16 i art. 223 ust. 1 - przez przedwczesne ujawnienie całości informacji, bez uprzedniego zbadania treści dokumentów i zawartych w nich danych, podczas gdy Zamawiający, w przypadku powzięcia wątpliwości (co do których w ocenie Odwołującego nie było podstaw), winien uprzednio zbadać, czy informacje podlegają ochronie, co powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze - treści zawartych w tych dokumentach, po drugie - okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. Art. 11 ust. 2 [uznk] - przez bezpodstawne przyjęcie, że wskazane przez Budię informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na niespełnienie przesłanki posiadania wartości gospodarczej, podczas gdy są to dane będące informacjami gospodarczymi i organizacyjnymi (zawierającymi szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazujący na przyjętą metodologię jej wyliczenia, wysokość poszczególnych kosztów i organizację wykonania zamówienia), stanowiącymi o konkurencyjności Budii, a ich pozyskanie wiąże się nie tylko z określonymi kosztami w postaci nakładów, ale - z uwagi na ich zindywidualizowaną postać - ich ujawnienie w sposób ewidentny zagraża interesom Budii i może wpłynąć na jej pozycję rynkową.

4. Art. 18 ust. 3 w zw. z art. 18 ust. 1 - przez bezpodstawne przyjęcie, że Budia nie wykazała (w rozumieniu Zamawiającego - nie udowodniła), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przez co podlegają one ujawnieniu, podczas gdy pierwszy ze wskazanych przepisów, ustanawiający wyjątek od zasady jawności ustanowionej w drugim ze wskazanych przepisów, nakłada na wykonawcę obowiązek jedynie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (a nie udowodnienia), a dokonując zastrzeżenia informacji, Budia przedstawiła i objaśniła, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując w szczególności na ich wartość gospodarczą i trudne do przewidzenia skutki ujawnienia.

5. Art. 16 ust. 1 i 3 w zw. z art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 uznk - przez pominięcie zasady proporcjonalności przy odtajnieniu informacji zawartych we wszystkich dokumentach przekazanych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w konsekwencji nieuwzględnienie ewentualnych skutków podjętych działań dla pozycji Budii na rynku w postaci zaburzenia jej pozycji na rynku, dzięki umożliwieniu konkurentom poznania jej szeroko pojętego know-how, a także przewidzenia jej cen w innych przetargach, co będzie miało znaczenie nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale też w innych, analogicznych przetargach - podczas gdy urzeczywistnienie zasady proporcjonalności, stanowiącej gwarancję prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, powinno przejawiać się w odpowiednim przeprowadzeniu tego postępowania - w tym w poszczególnych czynnościach podejmowanych przez zamawiającego - w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu:

1. Utajnienia całości dokumentów, które Budia w piśmie z 24 stycznia 2022 r. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

ewentualnie

2. Utajnienia tych dokumentów w zakresie obejmującym informacje dotyczące:

1) szczegółowego opisu sposobu kalkulacji ceny, zawarte w załączniku nr 1 na stronach: 1. (wymienienie założeń początkowych), 2.-3. (czynniki mające wpływ na metodę, poszczególne efekty osiągane na danych obszarach),3.-4. (Grupa prac nr 1 - rodzaje

pracy, ceny), 4. (Grupa prac nr 2 - roboczogodziny), 5. (Grupa prac nr 2 - doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia), 5.-6. (Grupa prac nr 2 - szczegółowe wyliczenia), 6.(Grupa prac nr 3 - roboczogodziny, szczegółowe wyliczenia, doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia), 7.-10. (Grupa prac nr 4 - rodzaje pracy, ceny), 10. (Grupa prac nr 5 - roboczogodziny), 10.-11. (Grupa prac nr 5 - szczegółowe wyliczenia, doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia), 11. (Grupa prac nr 6 - roboczogodziny), 11.-12. (Grupa prac nr 6 - doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia), 12.-13. (Grupa prac nr 6 - szczegółowe wyliczenia), 13.-15. (Grupa prac nr 7 - rodzaje pracy, ceny), 16. (Grupa prac nr 8 - roboczogodziny), 16.-28. (Grupa prac nr 8 - szczegółowe wyliczenia,

doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia ), 29. (Grupa prac nr 9 - roboczogodziny), 29.-32. (Grupa prac nr 9 - szczegółowe wyliczenia, doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia)), 32. (Grupa prac nr 10c - roboczogodziny), 33.-34. (Grupa prac nr 10c - szczegółowe wyliczenia, doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia), 34. (Grupa prac nr 11 - doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia) 35. (Grupa prac nr 11, - szczegółowe wyliczenia dot.

patroli, grupy interwencyjnej, zarządzania kontraktem), s. 35 (Grupa prac nr 12 - roboczogodziny), 36.-38. (Grupa prac nr 12 - doświadczenie oparte o inne realizowane zamówienia 36.-39. (Grupa prac nr 12 - szczegółowe wyliczenia);

2) strategii działania i współpracy z podmiotami trzecimi, zawarte w: a) załączniku nr 1

na stronach:3.-4. (Grupa prac nr 1), 7.-10. (Grupa prac nr 4), 13.-15. (Grupa prac nr

7), b) załączniku nr 2 - oferta cenowa (uwzględnienie poszczególnych rodzajów prac i przyjętych cen jednostkowych do kalkulacji -nawierzchnia) c) załączniku nr 3 - oferta cenowa (uwzględnienie poszczególnych rodzajów prac i przyjętych cen jednostkowych do kalkulacji - odwodnienie), d) załączniku nr 4 oferta cenowa (uwzględnienie poszczególnych rodzajów prac i przyjętych cen jednostkowych do kalkulacji - urządzenia BRD).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z 28 lutego 2022 r. wniósł o ich oddalenie, wskazując następującą argumentację.

Lektura wniesionych odwołań, zwłaszcza w kontekście sformułowanych w ich treści alternatywnych żądań utrzymania w poufności jedynie części zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny informacji, czy zarzutów naruszenia zasady proporcjonalności, doprowadziła Zamawiającego do wniosku, że Odwołujący podjął próbę odwrócenia skutków nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowań o udzielenie zamówień. Za Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający zauważył, że: Wyjaśnienia, iż zastrzeżona tajemnicą część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, składane przez wykonawcę na rozprawie nie mogą stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej wskazanej w przepisie art. 8 ust. 3 zd. 1 dPzp 3 [ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych - przyp. Zamawiającego], skoro postępowanie odwoławcze przed Izbą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (uzasadnienie wyroku z 13 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 859/16). Jednocześnie Odwołujący, że właściwy moment zastrzeżenia i wykazania jego zasadności wynika explicite z treści przepisu art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym obowiązków tych należy dopełnić wraz z przekazaniem takich informacji. Z tego względu irrelewantna z punktu widzenia rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania jest argumentacja odwołań wykraczająca poza treść ocenionych przez Zamawiającego zastrzeżeń, a ewentualne dowody, które Odwołujący może chcieć przedstawić w toku postępowania odwoławczego, należałoby uznać za spóźnione.

Z uwagi na wspomniany powyżej moment zastrzeżenia i wykazania jego zasadności chybiona jest według Zamawiającego argumentacja, jakoby miał być zobowiązany

do wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści zastrzeżenia. Nota bene Odwołujący nie precyzuje, czego konkretnie miałoby dotyczyć wezwanie, domyślając się zapewne, że Zamawiający nie miał na tle ich treści żadnych wątpliwości co do bezpodstawności działania Odwołującego. Umyka Odwołującemu, że podstawą zastosowania przepisu art. 223 ust. 1 pzp mogą być wątpliwości powstałe na gruncie interpretacji złożonych przez wykonawcę oświadczeń (w tym przypadku treści zastrzeżenia mającego wykazać spełnianie przez zastrzeżone informacje przesłanek uznania je za tajemnicę przedsiębiorstwa). Skoro jednak Budia w ogóle nie odniosła się do jednej z przesłanek (o czym szerzej poniżej), oczekiwane przez Odwołującego wezwanie do wyjaśnień byłoby de facto wezwaniem do uzupełnienia i chociażby z tego względu art. 223 ust. 1 pzp nie mógł znaleźć zastosowania w tej sprawie.

Zamawiający zaznaczył, że ocena zasadności zastrzeżenia dokonywana jest w oparciu o jego treść, nie zaś - jak chce tego Odwołujący - na podstawie okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnośnie podnoszonej przez Odwołującego potrzeby oceny zasadności zastrzeżenia przez pryzmat treści zastrzeżonych informacji, Zamawiający zwrócił uwagę na wyrok Izby z 30 marca 2017 r. sygn. akt KIO 464/17, w którym trafnie stwierdzono, że (...) zamawiający nie bada samodzielnie - wyłącznie na podstawie treści samych informacji podawanych przez wykonawcę, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale zamawiający ocenie poddaje to, czy wykonawca wykazał, zastrzegając informacje, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Trafność tego stanowiska wynika z faktu, że praktyka wykonawców odnośnie tożsamych rodzajowo informacji jest różna - to co dla jednego podmiotu będzie informacja jawną, dla innego może być najpilniej strzeżoną tajemnicą. W konsekwencji to na wykonawcy, jako podmiocie korzystającym z wyłączenia jawności określonych informacji, ciąży obowiązek dowiedzenia ich poufnego statusu. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania prowadziłoby do przerzucenia ciężaru wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa na zamawiającego, tj. na podmiot, którego obowiązkiem jest dokonanie oceny skuteczności tej czynności, bądź - w postępowaniu odwoławczym - na Izbę: Podkreślenia wymaga również, że nie jest zadaniem zarówno Izby jak i Zamawiającego poszukiwanie okoliczności, które mogłyby uzasadniać zastrzeżenie informacji, gdyż to wykonawca ma te okoliczności Zamawiającemu wykazać (uzasadnienie wyroku Izby z 5 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2660/17). Zamawiający podsumował, że o ile miał obowiązek zestawić treść zastrzeżonych informacji z przedstawionym wraz z nimi uzasadnieniem, o tyle nie może dokonywać samodzielnej kwalifikacji tych informacji w kontekście przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli niejako wyręczać wykonawcę w realizacji spoczywających na nim obowiązków.

Zamawiający podkreślił, że ogólnikowe uzasadnienie poczynionego zastrzeżenia, obejmującego niezasadnie en bloc wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (z której to wadliwości Odwołujący zdaje się zdawać sobie sprawę, skoro sformułował alternatywne żądanie utrzymania w poufności jedynie części z nich), nie wykazuje, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wbrew zdaniu Odwołującego, jakoby zawarte w uzasadnieniu zaskarżonych czynności stanowisko Zamawiającego skupiało się na kwestionowaniu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, punkt wyjścia stanowiło stwierdzenie wadliwości czynności wykazania, które w orzecznictwie Izby jest utożsamiane z obowiązkiem udowodnienia twierdzeń mających uzasadniać objęcie informacji poufnością, zwłaszcza w odniesieniu do wynikającej z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłanki podejmowania, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. Jak to wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 20 listopada 2020 r. sygn. akt KIO 2693/20: (...) wykonawca powinien złożyć np. dokumenty (regulaminy, zarządzenia, umowy z kontrahentami), które odnosiłyby się do tego rodzaju informacji, jakie zostały przez niego zastrzeżone i z których wynikałoby m.in.: że rzeczywiście umowy z kontrahentami (których oferty/faktury zostały zastrzeżone) zawierają klauzule o poufności, że rzeczywiście są rejestrowane i identyfikowane wejścia do bazy informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (i że w bazie tej są przechowywane informacje zastrzeżone w tym postępowaniu), że stosowana jest zasada need to know, że stosowany jest monitoring i ograniczenie pracowników do ważnych pomieszczeń (jakich i jaki jest związek tych pomieszczeń z zastrzeżonymi w tym postępowaniu informacjami). Innymi słowy: wykonawca powinien przedstawić dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w danym

postępowaniu. Oświadczenia i deklaracje nie mogą być zaś uznane za wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk (zob. również wyroki Izby wydane: 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 542/17, 10 października 2017 r. sygn. akt KIO 2028/17).

Tymczasem według Zamawiającego przedstawione przez Budię uzasadnienie nie zawiera nawet deklaracji odnośnie spełniania powyższej przesłanki, nie wspominając już o wymienieniu stosowanych środków ochrony informacji, czy załączeniu dowodów na tę okoliczność. Nawet w odwołaniach kwestii tej poświęcono niewiele uwagi, co najlepiej obrazuje wzmianka, jakoby potwierdzeniem podejmowania wspomnianych stosownych działań było poinformowanie Zamawiającego o objęciu tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący przywołuje wprawdzie stanowisko doktryny prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym wykazanie może nastąpić przy pomocy dowolnych środków, które nawet w odwołaniach nie zostały one wymienione.

Niezależnie od powyższego Zamawiający zauważył, że Budia jedynie zdawkowo odniosła się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, stwierdzając, że trudno jest ją określić dokładnie. Dopiero w odwołaniach wskazano na skutki, jakie może pociągać za sobą ujawnienie zastrzeżonych informacji (korzystanie z pomysłu wykonawcy, prześledzenie metodologii kalkulowania ceny, osłabienie pozycji rynkowej, przewidywanie poziomu cen w innych przetargach), co stanowi nieuprawnione uzupełnienie ocenionych przez Zamawiającego zastrzeżeń. Także w pozostałym zakresie przedstawiona w odwołaniach argumentacja dotycząca wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji stanowi swoiste rozwinięcie przedstawionego uprzednio stanowiska, mające w przeważającej mierze stricte teoretyczny walor.

Zamawiający stwierdził, że żądanie sprowadzające się do oczekiwania udzielenia ochrony poszczególnym informacjom, jest nieproporcjonalne do treści uzasadnienia zasadności wyłączenia jawności tych informacji.

Zamawiający podsumował, że mając również na względzie orzecznictwo Izby (w szczególności wyroki z: 19 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 125/21 i 26 marca 2021 r. sygn. akt KIO 320/21), zdecydował o odmówieniu ochrony zastrzeżonym informacjom w całości. Ze wspomnianych orzeczeń wynika bowiem, że nawet jeśli hipotetycznie zastrzeżone informacje spełniają przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 uznk (czemu Zamawiający przeczy), ale nie dojdzie do ich wykazania (w przedstawionym powyżej znaczeniu), obowiązkiem zamawiającego jest ujawnienie tych informacji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko i argumentację, a Przystępujący FBSerwis poparł Zamawiającego (imieniu drugiego przystępującego nikt się nie stawił).

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowych zamówień, w których złożył oferty. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieuprawnione odtajnienie przez Zamawiającego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego może go narażać na szkodę.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W obu postępowaniach Budia, która zastrzegła w całości złożone wyjaśnienia wraz z załączonymi do nich dowodami jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiła jednobrzmiące uzasadnienie:

Zawarte w wyjaśnieniach informacje są podstawą funkcjonowania Wykonawcy i jako „know-how" nie są udostępniane szerszemu gronu, w szczególności dotyczy to wyceny przedmiotowego zadania. Wykonawca zastrzega złożone wyjaśnienia z zamiarem ograniczenia dostępu do osób trzecich do danych wrażliwych firmy, a ujawnionych Zamawiającemu w celu złożenia jak najszerszych i najdokładniejszych wyjaśnień, z których wynika kalkulacja złożonej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zajmowała stanowisko w kwestii „tajemnicy przedsiębiorstwa" i stwierdziła, że „Zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadnić uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa". Identyczne KIO w wyroku z dnia 25.05.2015r., w spr. o syg. Akt KIO 938/15.

Osoby przygotowujące ofertę Wykonawcy stanowią wąskie grono specjalistów, którzy stanowią każdorazowo ten sam zespół odpowiedzialny za określenie poszczególnych pozycji kosztorysowych (w tym również całościową kalkulację ceny) oraz jak również załączanie do oferty wymaganych oświadczeń lub innych dokumentów, które są niezbędne w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, informacje te nie są nigdzie publikowane ani w żaden inny sposób rozpowszechniane.

Ujawnienie informacji dotyczących wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysowych spowodowałoby zaburzenie konkurencji na rynku, ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne firmy poziomu cen Wykonawcy w przyszłych przetargach poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie w celu uzyskania zamówienia.

Trudno określić dokładną wartość, jaką przedstawiają dla Wykonawcy informacje

zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa, ponieważ nie do przewidzenia są wszystkie skutki, jakie może za sobą pociągnąć ich udostępnienie firmom, z którymi Wykonawca

konkuruje na rynku.

Stwierdzić należy, ze ujawnienie danych podanych przez Wykonawcę w wyjaśnieniach zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy, narażałoby go na niezwykle konkurencyjnych na rynku usług i robót drogowych, na ujawnienie optymalizacyjnych sposobów realizacji zamówienia, a przecież „Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawić realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku" (za KIO - wyrok z dnia 22 listopada 2013r. KIO 202/13).

Reasumując, treść przedstawionego uzasadnienia nie wykazuje, że informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach dotyczących i załączonych do nich dowodach mają dla Budii wartość gospodarczą. Uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się do błędnego koła - wyjaśnienia mają dla Budii wartość gospodarczą, bo metodologia kalkulacji cen odzwierciedla jego know-how, które samo przez się ma wartość gospodarczą. Nie zostało sprecyzowane, na czym polega w tym konkretnym przypadku hasłowo wskazane know-how. Tym bardziej z powyższego uzasadnienia nie wynika, w czym Budia upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny, choćby przez odesłanie do konkretnych jego fragmentów. W szczególności nawet nie wspomniano o tym, że wycena niektórych rodzajów prac opiera się na ofertach podwykonawców lub poddostawców. Nie wiadomo zatem, czy podmioty te również uważają te oferty za tajemnicę swoich przedsiębiorstw lub co najmniej wiedzą, że mają je traktować za tajemnicę przedsiębiorstwa Budii.

Budia nie wykazała również, że przy zachowaniu należytej staranności podjęła działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. W tym zakresie zostało złożone jedynie zapewnienie, że kalkulacja ceny dokonywana jest przez wąski krąg pracowników, ale nawet nie wspomniano, czy osoby te zostały w sposób prawnie wiążący zobowiązane do zachowania tych informacji w poufności. Nie wskazano na podjęcie żadnych innych działań, w tym odnoszących się do podwykonawców lub poddostawców.

Wreszcie przedstawionemu Zamawiającemu uzasadnieniu nie towarzyszą żadne dowody na potwierdzenie deklarowanego ograniczenia dostępu do zastrzeganych informacji wśród pracowników. Natomiast z treści załączonych do wyjaśnień ofert podwykonawców lub poddostawców nie wynika, że według tych podmiotów są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa

Sprecyzowanie dopiero w odwołaniu fragmentów wyjaśnień, które miałyby zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i ograniczenie do nich żądania dodatkowo potwierdza, że przedstawione wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi ceny uzasadnienie było niewystarczające do ich utajnienia w całości. Natomiast nowa argumentacja faktyczna i prawna przedstawiona etapie odwołania jest bez znaczenia dla sprawy, której przedmiotem jest rozstrzygnięcie o prawidłowości oceny przez Zamawiającego, że złożeniu przez Budię oświadczenia o utajnieniu całości wyjaśnień nie towarzyszyło wykazanie, że zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołania podlegają oddaleniu.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym 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, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „ustawa pzp z 2004 r.} analogiczne uregulowania zostały zawarte odpowiednio w art. 8 ust. 1-3 w wyniku nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak to zauważono w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) odnośnie wprowadzenia obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (czyli zmiany art. 8 ust. 3 pzp): Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu ad casu spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Już w uchwale Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 przesądzono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

Art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 pzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze - mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie - jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie - że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Nie budzi wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie, że warunkiem sine qua non w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą (w szczególności jest źródłem zysku lub pozwala na zaoszczędzenie kosztów) dla przedsiębiorcy dzięki temu, że pozostanie poufna.

Ponadto Izba uznaje przywołane w odpowiedzi na odwołanie wypowiedzi z dotychczasowego orzecznictwa Izby w kwestii nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa za adekwatne również w tej sprawie.

Skoro - jak to powyżej ustalono - Odwołujący nie był w stanie wykazać nawet wartości gospodarczej informacji zawartych w składanych wyjaśnieniach dotyczących ceny, Zamawiający podjął prawidłową decyzję o odtajnieniu i ujawnieniu ich w całości wraz z załączonymi dowodami.

Tym samym nie mogło również dojść do naruszenia przez Zamawiającego którejkolwiek z zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp oraz § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się uiszczone przez niego wpisy oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy fakturami VAT.