Sygn. akt: KIO 1741/22

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie

przy udziale wykonawcy Transport Towarowy S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Ostrowi Mazowieckiej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce na rzecz Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1741/22

I. Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych, zarządzanych GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na trzy zadania.

W dniu 1 lipca 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Rector spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i Polski Asfalt Produkt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ostrołęce (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art.18 ust 3 Prawa zamówień publicznych w związku z artykułem 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ((Dz.U z 2022 r., poz.1233) poprzez błędne przyjęcie, że wyjaśnienia złożone w dniu 14 czerwca 2022 roku jak i załączniki do tychże wyjaśnień, nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego, wskutek rzekomego braku wykazania, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, co - zdaniem Odwołującego - zostało przez niego poprawnie wykazane.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności o odtajnieniu wyjaśnień z dnia 14 czerwca 2022 roku wraz z załącznikami.

Odwołujący argumentował, że złożył w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stosowne wyjaśniania, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa i odpowiednio to uzasadnił. Zastrzeżone przez niego informacje zawierają szczegółowe informacje na temat stosowanej przez Odwołującego polityki cenowej polityki pozyskiwania kontraktów, polityki wewnętrznej jego przedsiębiorstwa, relacji z kontrahentami, zindywidualizowanymi warunkami współpracy z nimi, a dodatkowo pokazują, w jaki sposób Odwołujący organizuje pracę przedsiębiorstwa i jaki model stosuje, aby zaoferować zamawiającym publicznym najkorzystniejsze warunki świadczenia swoich usług. Na podstawie takich danych inne firmy konkurencyjne mogą powziąć informacje o jego potencjale, sposobie organizacji jego przedsiębiorstwa, przyjętej metodologii działania i wszystkich innych elementach, które de facto przesądzają o pozycji rynkowej danego podmiotu. Informacje te to wyraz wiedzy i doświadczenia zdobywanych przez Odwołującego na rynku. Jest to wiedza i doświadczenie wieloletnie. Podnosił, że dotychczas Odwołujący w podobny sposób zastrzegał tajemnicy przedsiębiorstwa i nigdy nie spotkał się z działaniem zamawiającego zmierzającym do odtajnienia zastrzeżonych informacji. Wskazywał, że przedstawione przez niego wyjaśnienia stanowią jego know-how, wobec czego są informacjami o charakterze organizacyjnym i posiadają dla niego ogromną wartość gospodarczą. Wiedza o tych zagadnieniach powzięta przez konkurentów wywrze negatywny wpływ na jego pozycję rynkową. Sposób budowy ceny oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Kalkulacje cenowe są właściwe danemu wykonawcy i sporządzane na potrzeby konkretnego postępowania, w oparciu o doświadczenie i przyjęte know-how i jako

takie zdaniem Odwołującego nigdy nie mogą być ujawniane do wiadomości publicznej. Podnosił, że niektóre załączniki do wyjaśnień zostały wprost zastrzeżone jako poufne, a Zamawiający w decyzji o odtajnieniu zupełnie to pominął. W konsekwencji Odwołujący nie zgadzał się z decyzją zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny łącznie w załącznikami, dlatego wniósł odwołanie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego zarzut odwołania jest bezzasadny i powinien zostać oddalony w całości. Podnosił, że to na wykonawcy ciąży ciężar wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To nie zamawiający ma się doszukiwać tajemnicy przedsiębiorstwa w informacjach zastrzeżonych przez wykonawcę oraz domyślać się tego, czy wykonawca podjął jakiekolwiek działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Wskazywał, że Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności, które by wskazywały, że przekazane przez niego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny informacje i dokumenty stanowią lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec tego Zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że przekazane przez stanowią taką tajemnicę, dlatego podjął decyzję o ich ujawnieniu.

Wykonawca Transport Towarowy S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Ostrowi Mazowieckiej skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W złożonych pismach i na rozprawie poparł stanowisko Zamawiającego.

Il. Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez

Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności wyjaśnień Odwołującego odnośnie rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

W dniu 14 czerwca 2022 r. Odwołujący złożył pismo zatytułowane „Odpowiedź na wezwania", w którym przedstawił wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami. Równocześnie Odwołujący na wstępie zastrzegł, że pismo, zawierające pięć punktów, zawiera informację stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w punktach V i VI oraz w załącznikach do pisma (dalej Odwołujący uszczegółowił, że „Informacje wskazane w pkt 5 i 6, oraz zawarte na str. 6 do 67 niniejszej odpowiedzi, jak i w załącznikach nr 1, 1a, 1c, 2, 3, 4, 5, 5a, 6, 7, 7a, 7b, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 16a, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa").

Pismo w pkt II zawierało „Uzasadnienie objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa", w pkt III - „Wyjaśnienia dotyczące ceny - uwagi ogólne", w pkt IV „Wyjaśnienia dotyczące ceny - uwagi szczegółowe", w pkt V - „ Kalkulację", w pkt VI - przywołanie orzecznictwa.

W „Uzasadnieniu objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa" Odwołujący przytaczał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej wskazał, że „Konsorcjum nie wyraża zgody na korzystanie ze wskazanych powyżej informacji lub rozporządzanie nimi w celu innym niż wynikającym z treści wezwania. Konsorcjum wnosi o nieudostępnianie niniejszego pisma osobom i podmiotom nieuprawnionym, w szczególności każdemu Wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu lub się o nie ubiegał. Wszelkie informacje objęte niniejszym wyjaśnieniem takie jak kalkulacje, osiągnięta planowana marża, ceny jednostkowe uzyskane na podstawie ofert firm trzecich oraz części składowe służące określeniu ceny stanowią informacje będące tajemnicą przedsiębiorstwa. Konsorcjum nie ujawniał danych objętych wyjaśnieniami i dlatego aktualnie czynione zastrzeżenie tajemnicy dokonywane we właściwym terminie. Konsorcjum podjęło działania uniemożliwiające dostęp". Nie opisał jednak podjęcia jakichkolwiek działań, które wskazywałyby na dążenie do zachowania określonych informacji w poufności. Odwołujący podnosił, że informacje „mogą korzystać z ochrony", ponieważ obejmują:

„a) szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w szczególności wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię jej wyliczenia, stanowiący o konkurencyjności firmy na danym rynku, w tym również przekazywany na etapie wyjaśniania rażąco niskiej ceny lub kosztu (w przeciwieństwie do kosztorysu, zawierającego jedynie ceny wyrażone liczbowo);

b) informacje dotyczące podmiotów trzecich współpracujących z Konsorcjum w charakterze podwykonawców, oraz dostawców, w szczególności danych pozwalających na ich

identyfikację, umożliwiającą prześledzenie kontaktów biznesowych wykonawcy, co niewątpliwie składa się na strategię działania jego firmy."

W pkt III „ Wyjaśnienia dotyczące ceny- uwagi ogólne" Odwołujący stwierdził, że wskazana przez niego kwota wynagrodzenia pozwala na realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Porównywał ceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, kwestionując zasadność wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśniał, że oferta została skalkulowana z uwzględnieniem czynników cenotwórczych, mających wpływ na jej obniżenie, a mianowicie:

„1) regularne korzystanie z rabatów, upustów i promocji oferowanych przez podmioty partnerskie w zakresie nabywanych urządzeń, narzędzi, części zamiennych i materiałów. (Załączniki w załączeniu).

2) posiadanie wysokiej jakości sprzętu na własność, eliminujące zarówno konieczność najmowania sprzętu (i ponoszenia opłat za najem), jak i koszty napraw. (Załączniki w załączeniu).

3) wieloletnia współpraca z podwykonawcami i dostawcami, oraz skala zamówień jakie Konsorcjanci realizują u dostawców i podwykonawców corocznie, pozwalające na pozyskiwanie ofert na korzystnych warunkach(Załączniki w załączeniu).

4) bliskość geograficzna siedzib Konsorcjantów do terenu realizacji Zamówienia, co przekłada się na koszty transportu, magazynowania, krótszy obrót materiałami, co pokazujemy w szczegółowych kalkulacjach,

5) wyjątkowo korzystnych warunków realizacji przez Konsorcjum zamówienia, albowiem konsorcjum może zaproponować korzystniejszą cenę oferty z uwagi na jednoczesną realizację innego zamówienia publicznego, tj. Lider Konsorcjum Rector Sp. z o.o. zawarł umowę z Gminą Myszyniec, na realizację zamówienia publicznego pn. „Realizacja infrastruktury drogowej w Gminie Myszyniec - Zadanie II", podwykonawcą tego zadania będzie Romil Sp. z o.o., z którym Konsorcjum zamierza zawrzeć umowę o podwykonawstwo w zakresie prac odwodnieniowych. Umowa ta będzie realizowana w okresie 15 miesięcy, co wraz z okresem Zarówno Lider Konsorcjum, jak i Podwykonawca, z uwagi na bliskość geograficzną realizacji obu zamówień (zarówno wskazanego w niniejszym punkcie, jak i będącego przedmiotem postępowania przetargowego), korzystać będą ze szczególnych warunków realizacji zamówienia: dzielenie kosztów transportu maszyn i urządzeń, oraz materiałów, itp.

6) część pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych realizowana będzie przy użyciu materiałów znajdujących się na stanie Konsorcjum, zakupionych w przeszłości, co pozwala obniżyć koszty zakupu, oraz zapobiec ryzyku podwyżki cen.".

W pkt IV „ Wyjaśnienia dotyczące ceny - uwagi szczegółowe" (strona 6 wyjaśnień, również zastrzeżona przez Odwołującego jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa)

Odwołujący powtórzył, że zaoferowana przez niego cena obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, jest należycie skalkulowana oraz gwarantuje rentowność umowy.

Żadnych innych informacji, mających wskazywać - przynajmniej w intencji Odwołującego - na konieczność zachowania określonych danych w poufności, Odwołujący nie wskazał.

W dniu 24 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował Odwołujący o odtajnieniu wyjaśnień złożonych przez Odwołujący w całości. Zamawiający swoją decyzję uzasadnił brakiem wykazania przez Odwołującego elementów wskazujących, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z taką decyzją Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, a decyzja Zamawiającego o odtajnieniu wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego, wraz z załącznikami, była prawidłowa.

Stosownie do art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia

1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera art. 11 ust. 2 ustawy 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.

Po analizie opisanych wyżej wyjaśnień Odwołującego co do rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że informacje, które zamierza zastrzec, zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu brak jakichkolwiek informacji, które miałyby zmierzać do wykazania tej okoliczności. Odwołujący wyjaśniał na rozprawie, że rozumie się to samo przez się - co tylko potwierdza, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na wykazanie konieczności zachowania określonych informacji w poufności. Gdyby zaakceptować argumentację Odwołującego, to należałoby przyjąć, że każda kalkulacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (a zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych , należy to wykazać).

Przepis art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych opisuje wyjątek od zasady jawności, obowiązującej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 18 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Wykonawca składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może wykorzystywać możliwości utajnienia oferty i dokumentów do niej załączonych (a także wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny) wyłącznie w celu utrudnienia wykonawcom, którzy złożyli oferty konkurencyjne, weryfikacji prawidłowości własnej oferty. Z tego powodu, wykonawca zastrzegając tajemnicę, musi wykazać, że określone dokumenty (bądź ich elementy) rzeczywiście taki walor posiadają. Można przyjąć, że Odwołujący co prawda formalnie dochował wymogów określonych przez art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tj. zastrzegł określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, choć strona techniczna tego zastrzeżenia również może budzić wątpliwości - w jednym piśmie, bez ich wyodrębnienia, zawarto informacje jawne i - w zamierzeniu - poufne), jednak w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że przedmiotowe informacje i dokumenty (załączniki do wyjaśnień) rzeczywiście stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa

Niewykluczone, że niektóre informacje (przykładowo, wyjątkowo korzystne - o ile takie są faktycznie - ceny zaoferowane Odwołującemu) podane w załącznikach do wyjaśnień mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak te informacje nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób wyodrębnione, a Zamawiający nie ma podstaw, aby ich się samodzielnie doszukiwać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę, że priorytetem jest zasada jawności, nie można akceptować zastrzegania całego pliku dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli znajdują się w nim informacje różnej wagi, także nieposiadające cechy tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca zastrzegając łącznie wiele dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa ponosi ryzyko, że w razie ujawnienia całego pliku dokumentów, zostanie również ujawniona rzeczywista tajemnica przedsiębiorstwa, zasługująca na ochronę. Dlatego wykonawca powinien wyraźnie wskazać, które informacje, i dlaczego, są objęte taką tajemnicą. Tymczasem Odwołujący, poza ogólnikami, przywołaniem orzecznictwa, powołaniem się na powiązania gospodarcze, oraz na klauzule poufności, zawarte w niektórych załącznikach, złożonych wraz z wyjaśnieniami, nie wskazał żadnych powodów, dla których zastrzeżone jako tajemnica dokumenty mają być objęte ochroną. Sam fakt powiązań gospodarczych jest neutralny, bowiem każdy podmiot takie powiązania posiada. W ocenie Izby, aby skutecznie powoływać się na konieczność utajnienia określonych powiązań, należałoby wskazać na istotne przyczyny takiego utajnienia. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji ceny oferty.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia jest okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący, że w innych postępowaniach nie ujawniano podanych przez niego analogicznych informacji. Zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa bada się każdorazowo, biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy; trudno powoływać się tu na jakikolwiek „uzus” chociażby z tego powodu, że podane uprzednio informacje mogły zostać ujawnione i tym samym straciły walor tajemnicy.

W odwołaniu Odwołujący powtarzał, że „przedstawione przez niego wyjaśnienia stanowią jego know-how, wobec czego są informacjami o charakterze organizacyjnym i posiadają dla niego ogromną wartość gospodarczą" co nie tylko nie prowadzi do jakiegokolwiek wykazania, że określone informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jest wręcz tautologią (co potwierdza twierdzenie Odwołującego na rozprawie, że informacje są tajne same przez się). Ze złożonych wyjaśnień nie wynika, na czym polega know-how, ani nie wskazywano na konkretną wartość gospodarczą.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (późniejsze wykazanie, w toku postępowania odwoławczego, byłoby spóźnione, a i tak nie miało miejsca) żadnych elementów, o których mowa w art. 11 ust. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mających potwierdzać, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba oddaliła podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....