

Sygn. akt: KIO 555/23

WYROK

z dnia 14 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2023 r. przez wykonawcę odwołującego PM3D S.A., ul. Fordońska 2, 85-085 Bydgoszcz,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz,

przy udziale wykonawcy City Parking Group S.A., ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie, w jakim zarzuty odwołania dotyczą wyjaśnień z dnia 15 lutego 2023 r. zatytułowanych „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego PM3D S.A., ul. Fordońska 2, 85-085 Bydgoszcz, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od odwołującego PM3D S.A., ul. Fordońska 2, 85-085 Bydgoszcz, na rzecz zamawiającego: Zarządu Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz, kwotę 3 322 zł 84 gr (trzy tysiące trzysta dwadzieścia dwa złote osiemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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 555/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy, ul. Toruńska 174a, 85-844 Bydgoszcz, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji,

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie w stałej sprawności technicznej urządzeń poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania w Bydgoszczy w 2023 r.”, numer referencyjny: 074/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22.12.2022 r., nr 2022/BZP 00512051/01.

Pismem z dnia 22.02.2023 r. zamawiający poinformował o zamiarze ujawnienia złożonych przez wykonawcę PM3D S.A., ul. Fordońska 2, 85-085 Bydgoszcz (dalej:

„odwołujący”) wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty wraz z załącznikami i z kosztorysami.

W dniu 27.02.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez postanowienie o odtajnieniu dokumentów przekazanych przez odwołującego w

związku z wyjaśnieniami ceny wraz z załączonymi do nich kosztorysami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego,

2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„W dniu 15 lutego 2023 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu obszerny materiał zawierający wyjaśnienia ceny, zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia wraz z dowodami, w tym szczegółowe kalkulacje wraz z objaśnieniami poszczególnych pozycji. Jednocześnie Odwołujący przedstawił uzasadnienie utajnienia informacji poufnych.

Zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 22 lutego 2023 r., Zamawiający postanowił odtajnić w części informacje zawarte w dokumentach przekazanych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień ceny, w tym treść wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 15.02.2023 r. oprócz akapitu od wyrazów: „Kalkulacja uwzględnia” do „za 1 godzinę pracy” oraz postanowił odtajnić dwa kosztorysy zawarte w pliku „Dowody”. (...)

Już na wstępie podnieść trzeba, że Zamawiający powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych i bliżej nieprecyzowane orzecznictwo, wskazując na niemożliwość utajniania cen/kosztorysów ofertowych/cen jednostkowych stanowiących treść oferty. W ocenie

Odwołującego tego typu twierdzenia są oderwane od realiów stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Zamawiający popełnił bowiem zasadniczy błąd utożsamiając składaną wraz z ofertą kalkulację ofertową zawierającą ceny jednostkowe, z kalkulacją ceny przedstawianą na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Ta ostatnia bowiem, bezwzględnie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, co potwierdza ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wydane m.in. na bazie zastrzegania metodologii kształtowania ceny oferty: (...) Należy w tym miejscu nadmienić, że dane zawarte w kosztorysach dołączonych do wyjaśnień, które postanowił odtajnić Zamawiający, zostały przedstawione w takim zestawieniu, które w znacznie szerszy, dokładny i bardzo szczegółowy sposób obrazują składniki cenotwórcze uwzględnione przez Odwołującego w cenie ofertowej. Są to dane bardzo szczegółowe, które w takiej postaci w żaden sposób nie zostały uwidocznione w formularzu ofertowym Odwołującego. Formularz ofertowy zawiera wyłącznie dwa rodzaje cen jednostkowych:

- 1) za utrzymanie w stałej sprawności technicznej 1 sztuki urządzenia poboru opłat stanowiącego własność Zamawiającego oraz
- 2) za dzierżawę i utrzymanie w stałej sprawności technicznej 1 sztuki urządzenia poboru opłat będącego w dzierżawie.

Tymczasem kosztorysy przedstawione przez Odwołującego posiadają kilkadziesiąt pozycji z opisem poszczególnych składników cenotwórczych z ich dokładnym opisem. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego tego rodzaju dane nie stanowiły z góry przyjętego przez Zamawiającego i dostępnego wykonawcom wyliczenia. Nie można ich zatem uznać za „jawne mechanizmy”, o których pisze Zamawiający w treści odtajnienia, bo tego rodzaju obliczenia nie zostały nigdzie z góry określone przez Zamawiającego. Sam sposób ich przedstawienia, w tym przyjęte założenia w całym zestawieniu niewątpliwie tworzą metodologię kalkulacji ceny, która stanowi know-how Odwołującego. Są to wbrew twierdzeniom Zamawiającego dane dotyczące polityki cenowej, a na ich podstawie można dowiedzieć się na jakim poziomie kontrahenci Odwołującego oferują mu swoje usługi i świadczenia. Ujawnienie tego rodzaju informacji zniweczy dotychczas podejmowane przez Odwołującego działania. Na podstawie takiego zestawienia informacji, konkurencji Odwołującego są w stanie przewidzieć na jakim poziomie Odwołujący może zaoferować dany rodzaj usługi, wiedząc jakie ma szczegółowe koszty. Może to dać przewagę konkurencyjną na tak wąskim rynku w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym doprowadzić do utraty zarówno aktualnie realizowanych kontraktów jak i doprowadzić do niemożliwości konkurencji w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Dane z kosztorysów odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Odwołującego.

Potwierdzają to także dowody dołączone przez Odwołującego do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym stosowana w przedsiębiorstwie Odwołującego Polityka Bezpieczeństwa. (...)

Dodatkowo Odwołujący zaakcentował, iż ww. informacje stanowią wyjątkowo cenną wiadomość dla konkurencji o tym z jakimi osobami i podmiotami współpracuje wykonawca i na jakich warunkach. Kalkulacja obejmowała tego typu elementy. (...)

Nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym jakoby pismo przewodnie, oprócz jednego akapitu, zawierało informacje ogólne, co zdaniem Zamawiającego nie pozwala na jego utajnienie. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego wskazania wymaga, że pismo dotyczące wyjaśnień ceny zawiera między innymi objaśnienia poszczególnych pozycji zawartych w szczegółowej kalkulacji. Tego rodzaju dane wskazują pośrednio w jaki sposób została przedstawiona metodologia kalkulacji ceny ofertowej, która jak już wyżej wskazano stanowi know-how Odwołującego. Informacje te wraz z pozostałymi dokumentami/ dowodami w takim szczególnym zestawieniu, stanowią źródło danych organizacyjnych przedsiębiorstwa Odwołującego, które nie powinny być udostępnione osobom postronnym.

Bezwzględnie również zostały wykazane pozostałe przesłanki warunkujące uznanie zastrzeżonych informacji za

tajemnicę przedsiębiorstwa (choć jak się wydaje tego rodzaju okoliczności nie są kwestionowane przez Zamawiającego). Niemniej wspomnieć trzeba, że z uzasadnienia tajemnicy wyraźnie wynika jakiego rodzaju działania (przede wszystkim organizacyjne) zostały podjęte przez Odwołującego m.in. ograniczenie liczby pracowników zajmujących się kalkulacją ceny, czy też wdrożenie procedury wewnętrznej uzupełniania danych liczbowych w ostatniej fazie ich przygotowania. Odwołujący załączył dowody potwierdzające stosowane zabezpieczenia wartości tajemnicy. (...)

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy złożone przez Odwołującego jest kompletne i wyczerpujące. Wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk zostały spełnione przez Odwołującego w stosunku do wyjaśnień rnc wraz z dowodami, co uprawniało go do ich zastrzeżenia w całości na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp, a Zamawiającego zobowiązuje do honorowania tajemnicy. Odmienne zachowanie Zamawiającego stanowi naruszenie ww. przepisów. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez odwołującego w ramach wyjaśnień ceny wraz z załączonymi do nich kosztorysami,
- 2) uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny wraz z załączonymi do tych wyjaśnień kosztorysami i nieujawniania tychże informacji.

Pismem z dnia 02.03.2023 r. wykonawca City Parking Group S.A., ul. Budowlanych 3, 86-300 Grudziądz (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 08.03.2023 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Pismem z dnia 12.03.2023 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację w sprawie.

Pismem z dnia 12.03.2023 r. również odwołujący przedstawił swoją argumentację i poinformował o cofnięciu odwołania w zakresie, w jakim zarzuty dotyczą odtajnienia przez zamawiającego wyjaśnień z dnia 15 lutego 2023 r. zatytułowanych „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Z uwagi na częściowe cofnięcie odwołania, postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołanie podlegało rozpoznaniu w zakresie podtrzymanym przez odwołującego, tj. w zakresie, w jakim zarzuty dotyczyły odtajnienia przez zamawiającego dwóch kosztorysów dołączonych do ww. wyjaśnień z dnia 15.02.2023 r.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania w stałej sprawności technicznej urządzeń poboru opłat w Strefie Płatnego Parkowania w Bydgoszczy w 2023 r.

Pismem z dnia 17.01.2023 r. zamawiający poinformował, że spośród dwóch złożonych ofert, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę odwołującego.

Wykonawca City Parking Group S.A. (obecnie przystępujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował m.in. cenę zaoferowaną przez wykonawcę PM3D S.A. (obecnego odwołującego). Zamawiający uwzględnił ww. odwołanie w zakresie dotyczącym wezwania do złożenia wyjaśnień z uwagi na możliwość wystąpienia błędu w obliczeniu ceny oraz możliwość zaoferowania rażąco niskiej ceny. W pozostałym zakresie odwołanie zostało oddalone (wyrok z dnia 06.02.2023 r., sygn. akt KIO 210/23).

Pismem z dnia 08.02.2023 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 09.02.2023 r. zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień: „W formularzu ofertowym Wykonawca wskazał cenę jednostkową brutto :

- a) 15,99 PLN za jeden dzień utrzymania w stałej sprawności technicznej parkomatu stanowiącego własność Zamawiającego i tak samo
- b) 15,99 PLN za jeden dzień, za dzierżawę i utrzymanie w stałej sprawności technicznej parkomatu oddanego w dzierżawę.

Zaproponowana przez Wykonawcę taka sama cena dla obu usług może budzić wątpliwość, czy koszt 15,99 PLN dziennie za dzierżawę i utrzymanie w stałej sprawności technicznej parkomatu oddanego w dzierżawę, która jest nazwaną umową odpłatną, został prawidłowo skalkulowany i czy zawiera wycenę wszystkich zamawianych zakresów tj. dzierżawę i utrzymania dzierżawionego urządzenia w stałej sprawności.

Wyjaśnienie tej kwestii ma istotny wpływ na zbadanie czy cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy i czy przedmiot zamówienia opisany w dokumentach zamówienia został wyceniony w zamawianym zakresie i jakości.

W związku z tym, Zamawiający oczekuje w ramach wyjaśnień co najmniej informacji dotyczącej kalkulacji kosztu dzierżawy i utrzymania w stałej sprawności technicznej jednego parkomatu.”

Pismem z dnia 15.02.2023 r. odwołujący złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 22.02.2023 r. zamawiający poinformował odwołującego o częściowym odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji:

„Odnosnie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa Zamawiający informuje, kierując się opinią Urzędu Zamówień publicznych, potwierdzoną późniejszymi wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane m.in. kosztorysy i ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny. Dotyczy to tak samo kosztorysu załączonego do oferty, jak składanego w ramach wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. Ustalenie cen jednostkowych nastąpiło na podstawie określonych wyliczeń.

Na podstawie jawnych mechanizmów nie można wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiej, a nie innej ceny jednostkowej. Dane ze szczegółowych kosztorysów nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej lub organizacji przedsiębiorstwa. Z cen jednostkowych nie wynikają także informacje wpływające np. na przewagę konkurencyjną Wykonawcy. (...)

Uwzględniając powyższe, w konsekwencji analizy dokumentów i informacji przekazanych przez spółkę PM3D, Zamawiający uwzględni objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa załączniki

do pisma stanowiącego odpowiedź Wykonawcy na wezwanie Zamawiającego (poza dwoma kosztorysami) oraz akapit pisma z dnia 15 lutego 2023 r. od wyrazów „Kalkulacja uwzględnia” do „za 1 godzinę pracy”. (...)

Powyższe przesądza o braku wartości gospodarczej części wskazanych informacji (...)

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. 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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

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

Z powyższych przepisów wynika przede wszystkim, że zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, zaś dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Wyjątkiem od zachowania jawności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, jak już wielokrotnie wskazywała Izba w swoich orzeczeniach, że w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszcili się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

Zamawiający ocenia zatem zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie

przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem rolą zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podolea, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Należy także podnieść, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi być złożone przez wykonawcę jednocześnie z przekazaniem zastrzeżonych informacji, nie zaś dopiero w trakcie postępowania odwoławczego przed Izbą. Zatem argumenty, czy dowody przedstawiane dopiero na rozprawie nie mogą wpłynąć na ocenę uzasadnienia złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie zamawiający zdecydował o odtajnieniu dwóch załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez odwołującego, tj. dwóch kosztorysów (kalkulacji cenowych). Uzasadniając swoją decyzję w zakresie dotyczącym ww. kalkulacji zamawiający wskazał, że:

- 1) zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych kosztorysy i ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa,
- 2) „Na podstawie jawnych mechanizmów nie można wywnioskować jakie czynniki zdecydowały o ustaleniu takiej, a nie innej ceny jednostkowej. Dane ze szczegółowych kosztorysów nie odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej lub organizacji przedsiębiorstwa. Z cen jednostkowych nie wynikają także informacje wpływające np. na przewagę konkurencyjną Wykonawcy.”
- 3) zastrzeżone informacje nie posiadają wartości gospodarczej.

Ad. 1) W ocenie Izby należy dostrzec różnicę między kosztorysami sporządzanymi w oparciu o przedmiar lub inne wytyczne zamawiającego od kosztorysów sporządzanych w całości samodzielnie przez wykonawcę i składanych jako np. dowód wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. W tym drugim przypadku, zasadność zastrzeżenia kosztorysów jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo oceniana, podobnie jak same wyjaśnienia, w świetle art. 18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 uznk. Również w niniejszej sprawie przedstawione przez odwołującego kosztorysy (kalkulacje cenowe) podlegają takiej ocenie.

Ad. 2) Izba dokonała analizy uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dwóch kalkulacji objętych tą tajemnicą i podzieliła stanowisko zamawiającego w szczególności o tym, że dane zawarte w kalkulacjach nie dają wiedzy pozwalającej poznać politykę cenową odwołującego i wpłynąć na jego przewagę konkurencyjną w takim kontekście, w jakim argumentacja dotycząca ich ochrony została przedstawiona w uzasadnieniu.

Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa opiera się (poza kwestią zachowania informacji w poufności) przede wszystkim na wskazaniu, jak ważna jest dla odwołującego ochrona informacji:

- „z jakimi podmiotami współpracuje wykonawca i na jakich warunkach”,
- „prześledzenia współpracowników, kontrahentów Wykonawcy i ustaleń cenowych”,
- „nazw kontrahentów i podwykonawców oraz podmiotów trzecich, z którymi współpracuje Wykonawca”,
- „obszar i zasady współpracy oraz warunki zawartych umów z partnerami handlowymi oraz przyjętą przez Spółkę strategię budowania oferty, wskazując jednocześnie na zakres potencjału”,
- „swoistą gwarancję dla Wykonawcy, iż wskazane podmioty nie zostaną "przejęte" przez inne konkurencyjne firmy (poprzez zaoferowanie lepszych warunków współpracy)”,
- „wiedza o podmiotach oferujących atrakcyjne warunki współpracy”,

Odwołujący wskazał również, że: „Pozyskanie kontrahentów, którzy posiadają odpowiedni potencjał do realizowania zamówienia przedkłada się bowiem na pozyskiwanie skomplikowanych kontraktów i zamówień przynoszących Wykonawcy realny zysk, bowiem bez odpowiedniego potencjału (także osobowego, technicznego) nie będzie w ogóle możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia, a tym bardziej konkurowanie na tak relewantnym rynku”.

Z uzasadnienia wynika zatem, że odwołujący upatrywał swojej przewagi konkurencyjnej we współpracy z określonymi kontrahentami i w warunkach tej współpracy. Tymczasem obie kalkulacje zawierają ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach oraz końcowe podliczenie kosztów miesięcznych, przychodu i zysku, natomiast nie ma w nich informacji o kontrahentach, współpracownikach czy podwykonawcach, ani tym bardziej

o warunkach współpracy z nimi. Takie informacje wynikają częściowo z innych (niż kalkulacje) dowodów dołączonych przez odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale akurat te inne dowody nie zostały przez zamawiającego odtajnione.

Zatem informacje, których ujawnienie - w świetle uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - spowodowałoby realną szkodę dla działań biznesowych odwołującego, naraziłoby go na „przejęcie” kontrahentów i zagroziłoby jego przewadze konkurencyjnej, w ogóle nie znajdują się w ww. dwóch kalkulacjach cenowych. Tym samym nie ma powodu, dla którego

ich odtajnienie przez zamawiającego miałyby zagrażać interesom odwołującego i przede wszystkim nie ma podstaw, by uznać takie odtajnienie za naruszające art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad. 3) W zakresie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji odwołujący ograniczył się w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa do następujących stwierdzeń: ■ „Dodatkowo informacje na temat nazw kontrahentów i podwykonawców oraz podmiotów trzecich, z którymi współpracuje Wykonawca, są również wrażliwe, bowiem stanowią one mierzalną wartość gospodarczą”,

■ „W świetle powyższego niewątpliwym jest, że Wykonawca w ww. dokumentach przedstawił zbiór danych, które mają kolosalne znaczenie dla struktury organizacyjnej jego przedsiębiorstwa, jak również jego kontrahentów i jako takie posiadają realną i obliczalną wartość gospodarczą”.

Jednakże odwołujący nie podaje przykładowo, na czym polega „kolosalne znaczenie” danych zawartych w kalkulacjach dla struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i dla jego kontrahentów (pomijając to, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa powinna służyć danemu wykonawcy, a nie jego kontrahentom). Nie podaje też konkretnej wielkości wartości gospodarczej, mimo że w obu ww. zdaniach opisuje ją jako „mierzalną” i „obliczalną”. Przede wszystkim jednak, jak już wyżej wskazano, w zastrzeżonych kalkulacjach nie ma informacji, których ujawnienie w świetle uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, miałyby zagrażać interesom odwołującego, co powoduje, że z kolei te informacje, które są zawarte w kalkulacjach nie mogą posiadać wartości gospodarczej. Brak takiej wartości, zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, przesądza o braku skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba nie podzieliła ponadto stanowiska odwołującego wyrażonego na rozprawie, zgodnie z którym informacja o charakterze organizacyjnym nie musi posiadać wartości gospodarczej, gdyż w świetle art. 11 ust. 2 uznk muszą ją posiadać tylko „inne informacje”. Zdaniem Izby wymóg posiadania wartości gospodarczej dotyczy każdego rodzaju informacji, o którym mowa w ww. przepisie, co potwierdza dotychczasowe orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 01.10.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym

stwierdzono: „Kierując się tymi założeniami KIO, słusznie zdaniem Sądu, uznała, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośnie zapewnienie, że zastrzegana informacja taką wartość posiada”.

Z powyższego wynika, że argumentacja zamawiającego dotycząca braku w kalkulacjach cenowych informacji pozwalających na poznanie polityki cenowej odwołującego i wpływających na jego przewagę konkurencyjną oraz braku wartości gospodarczej tych informacji, była zasadna, co oznacza, że zamawiający nie naruszył art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk decydując o odtajnieniu tych kalkulacji. Jednocześnie, jak wskazano już wyżej, dodatkowa argumentacja dotycząca m.in. autorskiego i uniwersalnego modelu tych kalkulacji oraz zawartej w nich unikalnej i niszowej wiedzy, podniesiona dopiero na etapie postępowania odwoławczego, nie mogła wpłynąć na ocenę treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższych ustaleń Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone na rzecz zamawiającego składały się: 2.460,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 862,84 zł tytułem dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący .....

KIO 555/23