Sygn. akt: KIO 1072/23

WYROK z dnia 2 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez odwołującego PORR S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego NDI

S.A. w Sopocie i NDI Sopot S.A. w Sopocie,

- wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

- wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie przystępującego do postępowania

odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

   1.2. odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny złożonych w dniu 3 marca 2023 r. przez wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku i udostępnienie ich w całości (wraz z załącznikami) odwołującemu,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża zamawiającego Zarząd

Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni oraz w części 1/2 obciąża odwołującego PORR S.A. w Warszawie i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego PORR S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni na rzecz odwołującego PORR S.A. w Warszawie kwotę 8 031,00 zł (osiem tysięcy trzydzieści jeden złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

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

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

wyroku z dnia 2 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1072/23

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego pn. „Przebudowa Nabrzeża Helskiego w Porcie Gdynia”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 2 grudnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 233-673668, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia

odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna): art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 2022.1233 ze zm.; dalej „z.n.k.") w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez: 1) zaniechanie odtajnienia pism z dnia 3.03.2023 r. i załączników złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp (rażąco niska cena) przez następujących Wykonawców: a) Korporcję Budowlaną Doraco Sp. z o.o.; b) NDI S.A. i NDI SOPOT S.A.; 2) bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w pismach z dnia 3.03.2023 r. i załącznikach złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp przez ww. Wykonawców zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone; 3) bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w pismach z dnia 3.03.2023 r. i załącznikach złożonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp przez ww. Wykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k. oraz ich wartość handlowa wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym tych Wykonawców pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k, ich wartość handlowa nie wykracza poza niniejsze zamówienie oraz nie zostały prawidłowo i skutecznie utajnione przez ww. Wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia treści wyjaśnień z dnia 03.03.2023 r. i załączników przedłożonych przez Korporcję Budowlaną Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku (dalej także jako „wykonawca Doraco") tj. str. 2 pisma z dnia 03.03.2023 r., wykazu załączników i załączników do tego pisma oraz przez konsorcjum NDI S.A. w Sopocie i NDI Sopot S.A. w Sopocie (dalej także jako

„konsorcjum NDI") tj. pisma z dnia 03.03.2023 r. (L.dz.DPP-IH/EPK/1083/2023/T) w zakresie dotychczas nieodtajnionym oraz załączników do tego pisma. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania oraz dowodów załączonych do odwołania na okoliczności w nim wskazane, a także dowodów, które zostaną przedstawione w trakcie rozprawy.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Odwołujący uzyskał informację o częściowym uznaniu przez zamawiającego za skuteczne utajnienia wyjaśnień z dnia 03.03.2023 r. wraz z załącznikami złożonych przez wykonawcę Doraco z pisma zamawiającego nr ZU-612/SWZ-29/163/MW/23/2013 z dnia 04.04.2023r. (doręczonego odwołującemu 05.04.2023r.) oraz z pisma zamawiającego nr ZU-612/SWZ-29/177/MW/23/2013 z dnia 12.04.2023 r. (podtrzymanie częściowego utrzymania poufności), natomiast w zakresie wykonawcy NDI z pisma zamawiającego nr ZU-612/SWZ-29/173/MW/23/2013 z dnia 12.04.2023 r. (doręczonego odwołującemu 12.04.2023 r.). Zatem odwołujący dochował terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

W trakcie postępowania zamawiający wezwał wykonawcę Doraco do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Wykonawca zastrzegł tajemnicę przedkładanych wyjaśnień z dnia 03.03.2023 r., zamawiający częściowo odtajnił dokumenty przedłożone przez wykonawcę, niemniej uznano zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa: wykazu załączników oraz wszystkich załączników do pisma „wyjaśnienia wykonawcy", tj. ofert, wykazów sprzętu i szczegółowych kalkulacji, a także fragmentu na str. 2 wyjaśnień dotyczącego optymalizacji kosztów na etapie wykonawstwa z uwagi na zmianę materiału.

Zamawiający wezwał także do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wezwał konsorcjum NDI, które zastrzegło tajemnicę w zakresie wyjaśnień złożonych dnia 03.03.2023 r. Zamawiający częściowo odtajnił dokumenty, jednakże uznał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa: wszystkich załączników do pisma z dnia 03.03.2023 r., wyszczególnienia kosztów w tabeli nr 2, założeń projektu technologicznego i zestawienia kosztów bezpośrednich dla poszczególnych asortymentów robót przyjętego rozwiązania technologicznego (tabela nr 3), zasad dokonywania płatności i polityki zakupowej, zestawienia sprzętu oraz informacji organizacyjnych związanych z przygotowaniem oferty.

W ocenie odwołującego działania i zaniechania zamawiającego należy zakwalifikować jako naruszające zasadę jawności postępowania stanowiącą jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych. Zasadami postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego są bowiem „zasady jawności, transparentności i przejrzystości postępowania, gdzie brak ujawnienia poszczególnych informacji powinien być ograniczony do absolutnego minimum uzasadnionego rzeczywistym i realnym interesem wykonawcy" (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.02.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21).

Odwołujący dalej wskazał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Umożliwia bowiem przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości i zgodnie z wymogami uczciwej konkurencji. Ograniczenie zatem dostępu do informacji związanych z postępowaniem jest dopuszczalne jedynie w przypadkach ściśle określonych przepisami p.z.p. Jeden z wyjątków od zasady jawności przewiduje art. 18 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. Zatem wykonawca, w celu skutecznego zastrzeżenia poufności informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do wykazania wystąpienia łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 z.n.k., tj. wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, ich poufności (nieujawnienia do wiadomości publicznej, w tym wykazania, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób) oraz działań podjętych w celu zachowania ich poufności. Ciężar wykazania konieczności utrzymania poufności informacji przekazywanych zamawiającemu obciąża wykonawcę, a niewywiązanie się z tego obowiązku jest jednoznaczne z obowiązkiem ujawnienia zastrzeżonych informacji przez zamawiającego.

W niniejszym postępowaniu uzasadnienia obydwu ww. wykonawców nie spełniło wymagań postawionych w przepisach p.z.p. oraz z.n.k., a także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów administracyjnych. Konsekwencją takiego

stanu rzeczy powinno być zatem odtajnienie zastrzeżonych wyjaśnień i załączników w całości. Zamawiający dokonał częściowego odtajnienia wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez oferentów. Zamawiający zatem, z uwagi na ogólnikowość zastrzeżeń poufności przedłożonych przez ww. wykonawców przeprowadził merytoryczną ocenę, czy otrzymane dane i informacje mogą/mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa ww. oferentów i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 z.n.k. Następnie utrzymał poufność informacji, które w ocenie zamawiającego posiadały lub mogły posiadać takie cechy. Sposób postępowania zamawiającego znalazł odzwierciedlenie w pismach z 04.04.2023 r. i z 12.04.2023 r., w których zamawiający dokonał klasyfikacji pod względem merytorycznym zastrzeżonych danych, co potwierdza, że zakończono ocenę przedłożonych dokumentów pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i uznano je za prawidłowe.

Działanie zamawiającego było bezpodstawne z uwagi na fakt, że analiza treści uzasadnień zastrzeżenia poufności informacji przekazanych przez wykonawcę Doraco

i konsorcjum NDI, uzasadnia twierdzenie, że żaden z nich nie wykazał łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 z.n.k. definiującego pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa" w systemie polskiego prawa. Wykonawcy uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzestali na ogólnikowych stwierdzeniach i lakonicznych zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą poufności posiadają bliżej niekwantyfikowalną wartość gospodarczą oraz są prawidłowo zastrzeżone. Ponadto należytego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno zastępować, a ma to miejsce w niniejszych przypadkach, szerokie przywoływanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych lub administracyjnych.

Objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie uzasadnia również zakres przekazywanych informacji. Wykonawca Doraco zastrzegł poufność kalkulacji ceny ofertowej oraz informacje dotyczące podwykonawców, wykazy sprzętu oraz fragment zawierający analizę oferty Budimex S.A. Wykonawca podkreślił przy tym, że „informacje zawarte w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień stanowią szczegółową kalkulację zaoferowanej przez Doraco ceny. Informacje te powstały bowiem na potrzeby tego konkretnego postępowania o zamówienie publiczne." Konsorcjum NDI jako poufne zastrzegło natomiast wyliczenia ceny złożonej oferty (zestawienie zbiorcze kosztów oferty, koszty bezpośrednie budowy i koszty ogólne), oferty podwykonawców, umowy ramowe i umowy leasingu/sprzedaży. W przypadku obydwu wykonawców wszystkie elementy składowe cen ofertowych zostały zatem objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Kalkulacje ceny ofertowej zawierają matematyczne zestawienia wartości poszczególnych pozycji kosztowych. Nie stanowią zatem same w sobie danych, które można byłoby zakwalifikować jako handlowe czy organizacyjne tajemnice przedsiębiorstwa jakiegokolwiek wykonawcy. Nie wskazują bowiem wysokości uzyskanych od podwykonawców rabatów czy zasad współpracy z podwykonawcami ani nie obrazują metod kalkulacji cen jednostkowych. Trudno zatem przyjąć, że zastrzeżone informacje mają uniwersalną wartość gospodarczą dla wykonawców. Rozbicie zaoferowanej ceny na wezwanie zamawiającego czy kalkulacja kosztów danego asortymentu robót w oparciu o stawki obowiązujące w dacie sporządzania oferty w konkretnym postępowaniu, nie spełniają kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 z.n.k.

W związku z tym, zdaniem odwołującego, sam zbiór danych, w takiej samej konfiguracji, nie będzie przydatny w przypadku ubiegania się o inne zamówienia publiczne. Natomiast jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, nie zaś jak w tym przypadku wyłącznie raz. Wykonawca Doraco i konsorcjum NDI upatrują konieczność utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w ich uniwersalności i powtarzalności, czego nie wykazali w uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedłożonych zamawiającemu.

Oświadczenia wykonawców są gołosłowne i ograniczają się do kilkukrotnego powtarzania w treści uzasadnienia deklaracji o unikatowym charakterze zastrzeżonych danych i ich kluczowym znaczeniu dla przewagi konkurencyjnej, a także wielokrotnym i szerokim cytowaniu w treści uzasadnień fragmentów orzeczeń Izby mających stanowić potwierdzenie twierdzeń prezentowanych przez wykonawców. Na podstawie uzasadnień nie jest możliwe odtworzenie związku spomiędzy informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa a pozycją rynkową wykonawców czy możliwością składnia konkurencyjnych ofert w kolejnych postępowaniach. Zastrzeżenie poufności tak szerokiego zakresu informacji, w tym szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, przez obydwu ww. Wykonawców jest zatem wyrazem ich subiektywnej oceny i przekonania o ich istotnej wartości gospodarczej. Jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ogólnikowe. Wykonawca ma bowiem wykazać ziszczenie się przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k., a uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawców nie przedstawiają takich powiązań ani zależności. Na ich podstawie nie jest możliwa identyfikacja wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz rodzaju i rozmiaru ewentualnej szkody, którą mieliby ponieść w przypadku ujawnienia tych danych. W związku z tym w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że celem zastrzeżenia poufności powyższych informacji przez obydwu wykonawców było jedynie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości ich ofert oraz kalkulacji cenowych pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego i przepisami prawa.

Jednocześnie należy zauważyć, że wykonawcy udzielając wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej przedstawili również informacje dotyczące treści złożonych ofert (tj. zgodności z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ). Wynika to jednoznacznie z treści pisma konsorcjum NDI, ponieważ ich wyjaśnienia (w części objętej tajemnicą) przedstawiają „szczegółowe zakresy uwzględnionych robót", a poufnością objęto m.in. założenia projektu technologicznego i zestawienie kosztów bezpośrednich dla poszczególnych asortymentów robót przyjętego rozwiązania technologicznego. Natomiast wykonawca Doraco. nie tylko utajniła „szczegółowe kalkulacje zaoferowanej ceny", ale również analizę oferty złożonej przez innego wykonawcę - Budimex S.A. Zamawiający nie odtajnił powyższego zakresu wyjaśnień, co jest nieuzasadnione z następujących względów.

Po pierwsze w przedłożonych przez ww. wykonawców uzasadnieniach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak

jakichkolwiek informacji czy argumentacji, która uzasadniałaby utrzymanie poufności tych danych. Natomiast nieprzedstawienie żadnego uzasadnienia i dowodów potwierdzających zasadność utrzymania tych informacji w tajemnicy, w świetle literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 p.z.p. oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oznacza rezygnację z utrzymania poufności tych danych. Informacje przedłożone przez wykonawcę mogą bowiem pozostać niejawne tylko w takim zakresie,

w jakim wywiązał się on z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Jednocześnie wyjaśnienia mające stanowić potwierdzenie zgodności treści oferty z wymaganiami zamawiającego stanowią jej część składową. Z tego względu nie podlegają utajnieniu. W związku z tym należy wskazać, że odtajniona części wyjaśnień konsorcjum NDI wskazuje, że wysokość zaoferowanej ceny jest wynikiem przyjęcia do wyceny przedmiotu zamówienia rozwiązań technicznych niezgodnych z określonymi w dokumentacji projektowej. Na str. 6 wyjaśnień z dnia 03.03.2023 r. wprost podważyło przyjęte przez zamawiającego w dokumentacji projektowej rozwiązania techniczne dotyczące kluczowej części zamówienia, tj. palościanki wraz z jej uszczelnieniem. Wskazano m.in. na brak możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez zamawiającego w wyznaczonych terminach (tj. pośrednich oraz końcowym). Jednocześnie konsorcjum NDI utajniło w całości założenia projektu technologicznego. Zastrzeżenie poufności tych informacji zostało w całości uwzględnione przez zamawiającego. Wyłącza to możliwość weryfikacji oferty konsorcjum pod względem zgodności przyjętych rozwiązań technicznych z wiążąca dokumentacją projektową. Natomiast wykonawca Doraco utajnił w całości wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny, co również wyłącza możliwość merytorycznej weryfikacji oferty tego wykonawcy, zastrzeganie poufności tego typu informacji stoi w sprzeczności z zasadą jawności postępowania. Braki i nieprawidłowości oferty konkurenta nie powinny być podnoszone w formie anonimowych zarzutów. Uniemożliwia to bowiem obronę oferty temu wykonawcy, a także pozostałym oferentom kontrolę działań podejmowanych w tym zakresie przez zamawiającego.

Ponadto według odwołującego trudno przyjąć, że dobór określonych rozwiązań technologicznych czy materiałów na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia ma wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała bowiem w swoich orzeczeniach, że wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, a nie jednorazowo w konkretnym postępowaniu. Brak również podstaw do utrzymania w tajemnicy tak szerokiego zakresu informacji przekazanych przez ww. wykonawców. O ile bowiem poszczególne elementy tych wyjaśnień mogą/mogłyby zasługiwać na ochronę, to zastrzeganie praktycznie w całości przekazanych kalkulacji cen czy ofert podwykonawców jest nieuzasadnione. Analogicznie brak jest uzasadnienia do zastrzegania w całości ofert podwykonawców czy dostawców stanowiących podstawę do obliczenia ceny ofertowej czy wyboru rozwiązań technicznych lub materiałowych.

W kwestionowanych uzasadnieniach nie przedstawiono argumentacji potwierdzającej, że chronione informacje przedstawiają dla tych wykonawców wymierną wartość gospodarczą uzasadniającą zastrzeżenie ich poufności. Zastrzeżenia w tym zakresie zawierają jedynie ogólnikowe twierdzenia, które można zastosować w przypadku

każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, który w ramach tej działalności tworzy siatkę podmiotów współpracujących na określonych zasadach. Uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały sporządzone w takiej formie i na takim poziomie ogólności, który uzasadnia twierdzenie, że możliwe byłoby ich wykorzystanie w zasadzie w każdym postępowaniu. Wykonawcy przede wszystkim nie wykazali w nich, że zbiór informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu ma wartość uniwersalną, a w szczególności będzie mógł zostać wykorzystany w przyszłości.

Odwołujący podkreślił także, iż z uwagi na fakt utajnienia wykazu i wszystkich załączników przedłożonych przez wykonawcę Doraco nie jest możliwe stwierdzenie czy wykonawca przedłożył jakiekolwiek dowody potwierdzające podjęcie działań zmierzających do zachowania poufności zastrzeżonych informacji. W treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazano wprawdzie, że wykonawca „stosuje rygorystyczna politykę bezpieczeństwa informacji", w tym wdrożył stosowane procedury oraz podjął niezbędne środki fizyczne w celu zachowania ich poufności. Jednak z uwagi na zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie jest możliwe ustalenie czy wykonawca ograniczył się do jedynie gołosłownych twierdzeń, czy przedstawił środki dowodowe potwierdzające rzeczywiste podjęcie deklarowanych działań w celu utrzymania poufności, np. procedury regulujące obieg informacji w przedsiębiorstwie Wykonawcy, na które się powołuje.

Konkludując, zamawiający pomimo wskazanych braków i uchybień uznał zastrzeżenia tajemnicy poczynione przez wykonawcę Doraco i konsorcjum NDI za prawidłowe oraz zakwalifikował informacje niespełniające przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 z.n.k. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania wystąpiły podstawy do odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców. Zaniechanie odtajnienia powyższych danych stanowi zatem naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych (jawności i przejrzystości) oraz będącego ich konkretyzacją art. 18 ust. 3 p.z.p. Konsekwencją działań i zaniechań zamawiającego jest bezpodstawnie utrudnianie dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu, co praktycznie wyłącza możliwość wzajemnej weryfikacji ofert przez poszczególnych oferentów i dalszych działań podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu. Wyłącza również praktycznie możliwość wnoszenia przez uczestników postępowania skutecznych środków prawnych na dalszych etapach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Obowiązkiem zamawiającego było odtajnienie tych informacji z uwagi na fakt, że wykonawcy w niedostateczny sposób wykazali konieczność zastrzeżenia poufności informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz obiektywna ocena nie pozwala na przyjęcie, że ich wartość handlowa wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom

handlowym tych wykonawców. Ich odtajnienie nie naruszy zasady uczciwej konkurencji, nie utrudni egzekwowanie prawa przez wykonawców (np. nie są to informacje dotyczące prowadzonych sporów sądowych czy mediacji) oraz nie będzie

sprzeczne z interesem publicznym. Ponadto należy zauważyć, że zamawiający w całości odtajnił wyjaśnienia złożone przez Budimex S.A. pomimo, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez tego wykonawcę zawiera analogiczne twierdzenia i argumenty jak zastrzeżenia tajemnicy przedstawione przez Doraco i konsorcjum NDI. Jednocześnie nawet w przypadku zakwalifikowania informacji zastrzeżonych przez wykonawców do powyższych kategorii, zamawiający w takich przypadkach zobowiązany jest do udzielenia pozostałym oferentom dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego. Na taki obowiązek wskazuje Trybunał Sprawiedliwości w najnowszym orzecznictwie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17.11.2022 r.; sygn. akt: C 54/22; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 07.09.2021 r; sygn. akt: C927/19). W niniejszym postępowaniu zamawiający utrzymał poufność zasadniczej części wyjaśnień wykonawców, w tym praktycznie całość danych umożliwiających skuteczną weryfikację ofert pod względem merytorycznym.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym. Wniesiono także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami procesowymi przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego NDI S.A. w Sopocie i NDI Sopot S.A. w Sopocie (dalej jako „przystępujący konsorcjum NDI") oraz wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. w Gdańsku (dalej jako „przystępujący Doraco"), którzy zgłosili przystąpienie po stronie zamawiającego, a także – po stronie odwołującego, wykonawcę Budimex S.A. w Warszawie. Przystępujący Doraco przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie weryfikacji przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy gospodarczej złożonych przez przystępującego Doraco i przystępującego konsorcjum NDI wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w części do tej pory przez zamawiającego nieodtajnionej, tj. w zakresie Doraco – wykaz załączników do wyjaśnień z dnia 3 marca 2023 r., treść załączników do wyjaśnień ceny, a także fragment na str. 2 wyjaśnień dotyczący optymalizacji kosztów na etapie wykonawstwa z uwagi na zmianę materiału, w zakresie konsorcjum NDI – treść załączników do wyjaśnień z dnia 3 marca 2023 r., wyszczególnienie kosztów w tabeli nr 2, założenia projektu technologicznego i zestawienie kosztów bezpośrednich dla poszczególnych asortymentów robót przyjętego rozwiązania technologicznego z tabeli nr 3, zasady dokonywania płatności i polityka zakupowa, zestawienie sprzętu oraz informacje organizacyjne związane z przygotowaniem oferty. Osią sporu było rozstrzygnięcie czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty przystępujących, w tym czy nie doszło do naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 2 z.n.k. w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. z powodu zaniechania odtajnienia całości treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępujących wraz ze złożonymi z nimi załącznikami.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej

bezskutecznego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całości wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego Doraco. Izba nie podzieliła natomiast zarzutów odwołującego dotyczących wadliwości utajnienia wyjaśnień ceny złożonych przez przystępującego konsorcjum NDI.

Na podstawie zebranego materiału procesowego skład orzekający ustalił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 lutego 2023 r., dotyczące wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przystępujący Doraco złożył wyjaśnienia z dnia 3 marca 2023 r., które zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Izba ustaliła dalej, że do uzasadnienia utajnienia informacji przystępujący Doraco nie załączył żadnych dowodów dotyczących tajemnicy handlowej – dołączone do wyjaśnień dokumenty dotyczą wyłącznie merytorycznych aspektów zaoferowanej ceny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w

rozumieniu przepisów ustawy z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem immamentną cechą tajemnicy gospodarczej jest fakt, że przedsiębiorca, który zastrzega informacje jako swoje dane prawnie chronione, podejmuje działania mające na celu chronienie tajemnicy. Omawiana norma jednoznacznie określa, że skuteczne objęcie tajemnicą, wymaga od wykonawcy nie tylko udowodnienia przesłanek materialnych zawartych w art. 11 ust. 2 z.n.k. będącego definicją legalną tajemnicy gospodarczej, ale także wykazania spełnienia przesłanki formalnej – czyli podjęcia przez uprawnionego do korzystania z zastrzeżonych informacji lub rozporządzania nimi, działań w celu utrzymania ich w poufności. Ergo wykonawca ma nie tylko obowiązek zastrzeżenia swoich poufnych informacji, ale też udowodnienia, że faktycznie stanowią one tajemnicę gospodarczą. Następuje to poprzez złożonego rzeczowego i przekonującego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, które powinno zostać poparte adekwatnymi dowodami dotyczącymi podejmowanych działań celem ochrony tajemnicy. Nie mogą to być jakiekolwiek czynności, a właściwe zachowanie wykonawcy, uwzględniające podwyższone standardy działania z zachowaniem należytej staranności w danych okolicznościach faktycznych, ponieważ działanie przedsiębiorcy ocenia się przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p).

Jak trafnie zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie, w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 133/21, „W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. [obecnie art.

18 ust. 3 p.z.p. - przyp. Izba], w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. (…) Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa". (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 01.10.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 53/21).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu skład orzekający stwierdził, że zamawiający, który nie przekazał odwołującemu całości utajnionych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego Doraco wraz z załącznikami działał nieprawidłowo, ponieważ zastrzeżenie tajemnicy zostało dokonane nieskutecznie. Zgodnie z materiałem procesowym do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca nie dołączył żadnych dowodów dotyczących podejmowania działań mających zachowanie w poufności zastrzeganych danych. Pozbawiono więc zamawiającego możliwości zweryfikowania czy kalkulacja ceny w sposób obiektywny, w oderwaniu od oświadczenia wykonawcy, faktycznie powinna pozostać utajniona.

Co istotne, z materiału procesowego wynika, że w zastrzeżeniu tajemnicy gospodarczej przystępujący Doraco opisał szereg czynności, które rzekomo podejmuje, aby chronić swoje informacje, tj. wprowadzenie polityki bezpieczeństwa, pouczenie pracowników i zobowiązanie do nieujawniania poufnych danych (zawieranie odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji), zastrzeżenie poufności w relacjach z kontrahentami (umowy o zachowaniu w poufności z podmiotami współpracującymi, podwykonawcami) czy podejmowanie niezbędnych środków fizycznych, w tym stosowanie monitoringu i właściwego obiegu dokumentów (vide str. 8 i 9 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego Doraco z 03.03.2023 r.). Istnieją zatem dowody, przykładowo – umowy o zachowaniu poufności, polityka bezpieczeństwa, itp., których dysponentem i autorem jest wykonawca, który nie powinien mieć trudności w ich przedstawieniu, poza tym na takie trudności przystępujący nie wskazywał ani w postępowaniu o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, ani przed Izbą.

Pomimo powyższego przystępujący Doraco zdecydował się na pozostawienie utajnienia tajemnicy gospodarczej w postaci oświadczenia z dnia 3 marca 2023 r., z którego treści wynika, że dysponuje on właściwymi środkami dowodowymi na wykazanie, że zastrzegane dane mogą spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, ale dowodów tych nie złożono, wbrew obowiązkowi nałożonemu na wykonawcę przez ustawodawcę. Skład orzekający stwierdził zatem, że w ustalonym stanie rzeczy nie wykazano spełnienia przesłanek art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. Rację ma odwołujący, że przystępujący nie udźwignął ciężaru udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nawet nie podjął próby w tym zakresie. Stanowisko przystępującego Doraco pozostało subiektywnym przekonaniem opierającym się na gołosłownych twierdzeniach, a brak złożenia dowodów – w postaci chociażby dokumentów, których autorem jest przystępujący, o których mowa w uzasadnianiu tajemnicy – powoduje, że stanowisko to również nie jest wiarygodne. Skoro bowiem przystępujący Doraco nie zdecydował się na przedstawienie zamawiającemu jakichkolwiek dowodów, brak ich przedstawienia należy interpretować tak, że rzeczone dokumenty nie zawierają treści wskazanych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo, złożone przez przystępującego wraz ze stanowiskiem procesowym oświadczenia podmiotów współpracujących ujawniają dane tych podmiotów, co do tej pory traktowane były jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego. Skoro zatem sam przystępujący przekazuje konkurencji informacje dotyczące firm, z którymi współpracuje, to nie sposób traktować te informacje, jako jego dane zastrzeżone. Samodzielne ich przedstawienie odwołującemu wskazuje, że co do tego typu informacji przystępujący Doraco nie podejmuje żadnych zabiegów ochronnych.

Ponadto przystępujący Doraco powinien takie oświadczenia pozyskać i przedłożyć zamawiającemu w momencie zastrzegania swoich danych jako zastrzeżonych. Obecnie takie działanie jest spóźnione i nie mogłoby konwalidować zaniechania z przetargu, bowiem zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. wykonawca powinien wykazać, że zastrzegane dane stanowią jego tajemnicę wraz z przekazywaniem takich informacji zamawiającemu, a nie składać dowody dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą.

W konsekwencji powyższego analiza czy zastrzeżone wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami spełniają przesłanki materialne dotyczące charakteru informacji, ujęcia ich we wskazany sposób i przełożenia na wartość gospodarczą wykonawcy (art. 11 ust. 2 z.n.k) nie była w sprawie konieczna. Rezygnacja z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz upublicznianie tego typu danych przez samego przystępującego powoduje, że odwołanie należało uwzględnić. Jeżeli bowiem wykonawca sam nie chroni swoich danych, a dodatkowo – pomimo twierdzenia, że istnieją dowody pozwalające na dokonanie obiektywnej weryfikacji

prawidłowości utajnienia danych – podejmuje decyzję, że dowodów tych nie złoży, pozbawia zamawiającego i Izbę możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić. Innymi słowy, skoro przystępujący nie jest w stanie wykazać, że omawiane dane są utajniane, to a priori nie mają one charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rekapitulując, z materiału procesowego wynika, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 z.n.k. więc zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia odwołującemu całości wyjaśnień przystępującego Doraco dotyczących sposobu kalkulacji ceny z załącznikami, co do których nie wykazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, został przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia całości wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny wraz z załącznikami złożonych przez konsorcjum NDI, skład orzekający ustalił, że przystępujący złożył wyjaśnienia z dnia 3 marca 2023 r., które zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, do których załączono wyciąg z polityki bezpieczeństwa informacji, procedurę zarządzania zasobami informatycznymi oraz regulamin użytkowania zasobów IT w zakresie zasad dotyczących zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Zatem przystępujący konsorcjum NDI w sposób adekwatny i prawidłowy wykazał spełnienie przesłanki formalnej art. 18 ust. 3 p.z.p. dotyczącej podejmowania właściwych działań mających na celu chronienie tajemnicy gospodarczej, które zostały opisane na str. 13 - 14 uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy.

Natomiast w przedmiocie przesłanek materialnych art. 18 ust. 3 p.z.p. Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego o braku argumentacji, która uzasadniałaby utrzymanie poufności danych przystępującego konsorcjum NDI, nie znalazło odzwierciedlenia w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które wbrew twierdzeniom strony nie jest ogólnikowe czy lapidarne. Przystępujący utajnił szczegółowe informacje dotyczące sposobu wyceny składanej oferty, w tym swoje know-how (informacje organizacyjne, które posiadają wartość gospodarczą, określone w art. 11 ust. 2 z.n.k.). Argumentowano, że ujawnienie danych i informacji zawartych w piśmie wyjaśniającym wykonawcy oraz w załączonych do niego załącznikach, innym wykonawcom składającym konkurencyjne oferty w postępowaniu, a zatem działających na tym samym rynku, niesie poważne ryzyko przejęcia przez nich wiedzy, doświadczenia i potencjału, którymi dysponuje konsorcjum NDI. Zatem ujawnienie tych dokumentów zagraża interesom gospodarczym wykonawcy i powodowałoby powstanie szkody.

Na str. 3 - 4 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa szczegółowo odniesiono się do charakteru zastrzeganych informacji stanowiących wiedzę w zakresie aspektów prowadzenia działalności gospodarczej wykonawcy, która daje przystępującemu konsorcjum NDI przewagę rynkową, w tym co do posiadanych relacji handlowych z podwykonawcami.

W uzasadnieniu odniesiono się także do poszczególnych informacji (a. podwykonawcy robót budowlanych, laboratorium zewnętrzne i obsługa geodezyjna str. 6 - 7, b. dane finansowe str. 7 - 9, c. robota budowlana - planowany sposób realizacji zadania str. 9 - 11, d. zasoby osobowe i sprzętowe str. 11 - 12). Opisywano, iż zastrzeżone dokumenty obejmują dane dotyczące poszczególnych czynników cenotwórczych oferty, które mają wymiar uniwersalny, pomimo iż odnoszą się do tego przetargu, zwracając uwagę na podobieństwo dokumentów w postępowaniach na inwestycje hydrotechniczne, zwłaszcza tych realizowanych przez zamawiającego. Podkreślano, że mamy do czynienia z rodzajem robót o charakterze powtarzalnym i z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że analogiczne lub częściowo podobne grupy robót będą wykonywane w kolejnych projektach, co oznacza, że ujawnienie zastrzeżonych danych mogłoby realnie doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej wykonawcy w podobnych postępowaniach, co spowoduje poniesienie przez przystępującego konsorcjum NDI wymiernej szkody.

Mając na uwadze brzmienie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konsorcjum NDI oraz fakt, że inni wykonawcy, w tym odwołujący, zastrzegli analogiczne dane (odwołujący zastrzegł jako tajemnicę nazwy podwykonawców, dostawców i usługodawców, poszczególne fragmenty obrazujące sposób kalkulowania cen/kosztów robót, karty sprzętowe i technologiczne obrazujące parametry sprzętu planowanego do realizacji robót oraz oferty podmiotów współpracujących), Izba nie podzieliła argumentacji z odwołania, iż informacje te nie mają wymiernej wartości gospodarczej, czy zostały zastrzeżone, aby jedynie utrudnić konkurencji weryfikację prawidłowości oferty. Nie potwierdziło się także, aby utajnienie przedmiotowych danych było wyrazem subiektywnej oceny wykonawcy o ich istotnej wartości gospodarczej, czy teza o braku ewentualnej szkody w przypadku ich ujawnienia.

Jednocześnie skład orzekający nie miał powodu, by odmówić wiarygodności stanowisku zamawiającego, który podnosił, że krąg wykonawców realizujących tego typu zamówienia jest zamknięty i sprowadza się głównie do podmiotów, które złożyły oferty w obecnym przetargu, zaś zastosowana technologia wykonywania robót budowlanych będzie wykorzystywana w innych postępowaniach, czyli wykonawcy wykorzystają swoje know-how w kolejnych zamówieniach.

Ergo potwierdza to, że dostęp do spornych, utajnionych danych faktycznie daje przewagę na tym rynku, a chronione dane nie są istotne wyłącznie dla kalkulacji tej ceny – przeciwnie, mają wartość uniwersalną, bowiem będą mogły zostać wykorzystane w przyszłości. Natomiast odwołujący nie wykazał podnoszonej przez siebie możliwości jednokrotnego wykorzystania rzeczonych informacji (na potrzeby tego konkretnego przetargu), także obejmując tego typu dane swoją tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że zastrzeżone elementy wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego konsorcjum NDI stanowią tajemnicę określoną w art. 11 ust. 2 z.n.k., ponieważ informacje te stanowią know-how przystępującego, dotyczą organizacji jego przedsiębiorstwa i posiadają wymierną wartość gospodarczą. Nie są to dane, które w tym zestawieniu są powszechnie znane, ani łatwo dostępne, a przy tym mają charakter uniwersalny, mogą zostać wykorzystane w innych przetargach, zaś ujawnienie ich powodowałoby szkodę. Ponadto, przystępujący konsorcjum NDI podjął działania w celu zachowania tych informacji w poufności, co udowodniono dokumentami załączonymi do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, zatem wykazano, że w tym wypadku znajdzie zastosowanie wyjątek od zasady jawności postępowania określony w art. 18 ust. 3 p.z.p., co spowodowało oddalenie tego zarzutu.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w ustalonym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ brak ujawnienia bezskutecznie zastrzeżonych danych przystępującego Doraco uniemożliwia odwołującemu kontrolę prawidłowości oceny oferty konkurencji, zatem wpływa bezpośrednio na jego prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, które mogą mieć wpływ na losy oferty przystępującego w postępowaniu – tym samym na jego wynik. Jak również nieujawnienie wadliwie utajnionych informacji jest sprzeczne z zasadą jawności postępowania, co zobowiązuje zamawiającego do ujawnienia tych informacji (por. uchwała SN z dnia 21.10.2005 r. sygn. akt: III CZP 74/05).

Ponadto, zgodnie z art. 552 ust. 1 p.z.p., wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, skład orzekający nie jest także związany żądaniami odwołującego – pomimo obowiązku wskazania w odwołaniu żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 9 p.z.p.) brak jest w p.z.p. odpowiednika art. 321 k.p.c. w stosunku do Izby. Skład orzekający, na podstawie powszechnie dostępnych informacji na platformie zakupowej zamawiającego, gdzie prowadzone jest postępowanie objęte sporem, ustalił, że w dniu 24 kwietnia 2023 r., jak podnosił odwołujący na rozprawie, dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej. Mając więc na uwadze, że jest to czynność wadliwa, której elementem jest nieprawidłowa czynność oceny i badania oferty przystępującego Doraco w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, Izba nakazała zamawiającemu także unieważnienie czynności rozstrzygnięcia przetargu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia 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). Izba uwzględniła zarzut dotyczący oferty przystępującego Doraco i oddaliła zarzut dotyczący oferty przystępującego konsorcjum NDI, co spowodowało, że strony odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie. Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (20 000,00 zł), koszty zamawiającego w postaci kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600,00 zł – zgodnie z przedłożoną fakturą VAT, zmniejszone do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia i koszty dojazdu – zgodnie ze złożonymi biletami na kwotę 338,00 zł. Wobec uwzględnienia odwołania w części zamawiający zobowiązany był zwrócić odwołującemu połowę kosztów wpisu, tj. 10 000,00 zł, a wobec oddalenia odwołania w części odwołujący zobowiązany był zwrócić zamawiającemu połowę kosztów strony, tj. 1 969,00 zł, natomiast tam gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego kwotę 8 031,00 zł stanowiącą należny zwrot części kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: