

Sygn. akt: KIO 1091/23

WYROK

z dnia 9 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Michał Pawłowski

Katarzyna Poprawa

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDiA -Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDiA -Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2023 r. oraz w załącznikach do tego pisma w całości;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (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 1091/23

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi wraz z wszystkimi elementami na dk nr 12, 83, 72 na odcinkach administrowanych przez Rejon Sieradz” (nr postępowania: O/ŁO.D-3.2421.24.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 października 2022 r. pod numerem

2022/S 192544189 Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. nieprawidłowej ocenie czynności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDiA - Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. z siedzibą w Rudnikach (dalej jako „Przystępujący”) w dniu 27 marca 2023 r., oraz wszystkich dokumentów

(załączników) złożonych wraz z wyjaśnieniami, w tym mających na celu wykazanie braku rażąco niskiej ceny oferty Wykonawcy, i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia te oraz dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co też nie zostało wykazane przez Przystępującego;

2. braku udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z wszystkimi załącznikami do tych wyjaśnień, w tym do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo że Wykonawca ten nie wykazał skutecznie, iż stanowią one (wszystkie) tajemnicę przedsiębiorstwa;

ewentualnie z ostrożności procesowej

3. zaniechania odrzucenia z postępowania oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona z Postępowania z uwagi na okoliczności opisane w szczegółach w uzasadnieniu odwołania;

a w każdym przypadku

4. nieuzasadnionego wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) poprzez uznanie, że Wykonawca w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego Wykonawcy, podczas gdy Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w szczególności że: - zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą; - Konsorcjum dokonało prawidłowego zastrzeżenia, obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie dopuszczalny zakres informacji (wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa); - informacje te są poufne i strzeżone w odpowiedni sposób, co doprowadziło do zaniechania ich odtajnienia i uniemożliwienia konkurencyjnym wykonawcom przeprowadzenia weryfikacji oceny Zamawiającego w zakresie uznania, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2. art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez Przystępującego informacji (wyjaśnień RNC wraz z wszystkimi załącznikami), mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

ewentualnie – z ostrożności procesowej

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo iż istotne części składowe oferty (o czym przesądziła już Izba) tego wykonawcy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania, co też winno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy, czego jednak Zamawiający zaniechał, a co doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;

4. art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Przystępującego, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż oferta tego wykonawcy faktycznie nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia, na co wskazuje wycena Konsorcjum w zakresie grupy prac nr 1 – Nawierzchnia, która to wycena nie pokrywa

nawet minimalnych kosztów związanych z jej elementami składowymi (całkowitych kosztów wykonania danych pozycji jednostkowych), w tym kosztu zakupów niezbędnych do wykonania prac materiałowych;

5. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym, sztucznym zaniżeniu wartości poszczególnych pozycji cenowych ujętych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych („TER”) w Grupie prac nr 1 – Nawierzchnia, tj. co najmniej pozycji nr 10.1, 17.1 oraz 18.2, co w rezultacie pozwoliło

temu wykonawcy obniżyć wartość globalną swojej oferty i uzyskać przedmiot zamówienia, czego nie można jednak uznać za uczciwą konkurencję;

a w konsekwencji

6. art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie cen jednostkowych wraz ze złożonymi załącznikami do tych wyjaśnień, w tym dowodami dołączonymi do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ewentualnie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego już na obecnym etapie z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a przy tym zawierającej rażącą cenę lub też błąd w obliczeniu ceny.

Na wstępie odwołania przedstawiono stan faktyczny, opisując dotychczasowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia oraz wskazując na wyrok Izby w sprawie KIO 300/23, w wyniku którego Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień dotyczących wyliczenia części składowych ceny. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający niesłusznie ocenił, iż wyjaśnienia Przystępującego oraz złożone przez tego Wykonawcę dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych informacji przez Przystępującego, a następnie odmowa ich udostępnienia przez Zamawiającego ma wyłącznie na celu utrudnienie weryfikacji złożonych wyjaśnień. Dlatego też Odwołujący w pierwszej kolejności wnioskuje o odtajnienie ww. dokumentów, aby mógł się zapoznać z nieznanymi mu obecnie okolicznościami, co też pozwoli uniknąć w przyszłości stawiania dalszych zarzutów, w tym iż złożone wyjaśnienie wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny, co z kolei skutkować będzie przedłużeniem postępowania. Odwołujący wyjaśnił, iż z ostrożności procesowej postawił również dalej idące zarzuty. Być może Izba, która ma dostęp do wyjaśnień, już na ich podstawie stwierdzi, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać

odrzucona. Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego okazała się najkorzystniejszą w postępowaniu w związku z rażącym zaniżeniem cen jednostkowych kilku pozycji do poziomu, który nie pozwala na ich wykonanie, a nawet zakup niezbędnych materiałów. Gdyby przyjąć wartość rynkową tych pozycji, która pozwala choćby na zakup niezbędnych materiałów do wykonania poszczególnych prac, oferta Przystępującego uplasowałaby się na drugim miejscu.

Uzasadniając zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał na prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Podkreślił, że Zamawiający, badając uzasadnienie zastrzeżenia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, zobowiązany jest do dokładnej weryfikacji, czy dany wykonawca wykazał, że konkretna informacja wypełnia łącznie wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wskazać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa - jako wyjątek od zasady jawności postępowania - musi być interpretowana w ograniczony i ścisły sposób, a interpretację tę należy odczytywać poprzez obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego, czy wykonawcy. Zamawiający w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu (a wręcz informacji) zastrzeżonego jako tajny, czy zachodzą przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza, że decyduje o tym treść dokumentu (informacje w nim zawarte). Tym samym bardzo precyzyjnie i dokładnie należy odnosić się do treści poszczególnych dokumentów. Może bowiem zdarzyć się, że tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Odwołujący powołał się na orzecznictwo potwierdzające ww. stanowisko. W ocenie Odwołującego Przystępujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (a już na pewno, że wszystkie z nich, niejako en bloc), w tym przede wszystkim nie wykazało, że mają one jakąkolwiek wartość gospodarczą czy też zachowana jest ich poufność.

Zdaniem Odwołującego Przystępujący niezasadnie utajnił całość dokumentacji. Przystępujący dokonał ogólnego utajnienia wszystkich przedłożonych wraz z wyjaśnieniami załączników (oraz samych wyjaśnień), nie usiłując nawet przeprowadzić odpowiedniej selekcji informacji tam uwzględnionych (co najwyżej pogrupował je w bardzo ogólne katalogi). Zdaniem Odwołującego celem przedmiotowego działania jest w rzeczywistości utrudnienie innym wykonawcom próby oceny oferty tego wykonawcy pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie odtajnił nawet Załączników nr 1- 5 wymienionych in fine Załącznika nr 1 – Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie są zasadniczo wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa, skoro w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wskazane zostało, że: „(...) zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa: (...) - zakreślone na

szaro (w przedmiotowy sposób) w treści Wyjaśnień oraz załączników (...)” zaś ww. załączniki wymienione in fine Załącznika nr 1 nie spełniają tego warunku. Co więcej, Przystępujący w ogóle nie wykazał, że dokumenty te mają jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podkreślenia przy tym wymaga, że analiza ich treści jest istotna choćby z punktu widzenia wykazania braku spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący podkreślił, iż wszelkie wyjątki od zasady jawności powinny być interpretowane ściśle. W trakcie badania zasadności dokonanego zastrzeżenia analizie podlega nie tylko kwestia potrzeby objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, ale także ustalenia, czy cała treść zastrzeżonego dokumentu uzasadnia objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji, kiedy – ewentualnie - tylko pewna jego część odpowiada wymaganiom wskazanym w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W przypadku uznania, że jedynie fragment informacji zawartych w załącznikach do Wyjaśnień stanowi informację wrażliwą dla Przystępującego, należałoby „zakryć” jedynie stosowany wycinek dokumentacji, czego jednak nie dokonano w postępowaniu. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo Izby i TSUE. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący „mechanicznie” zastrzegł całe wyjaśnienia oraz wszystkie załączniki, np. wzór dokumentu, który, nie mając żadnej wartości gospodarczej, również został utajniony. Podobnie rzecz ma się np. z ofertami dostawców

(podwykonawcami), które z pewnością zawierają (również) informacje niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa. Mogłyby one zostać udostępnione np. bez samych nazw poszczególnych firm. Zamawiający jednak zdecydował o utrzymaniu w tajemnicy wszystkiego, bez względu na wartość takich informacji, co jest zachowaniem błędnym, naruszającym przepisy ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego Przystępujący miał możliwość przedłożenia wyjaśnień z ewentualnie „zakrytymi” fragmentami wrażliwymi, które w ocenie tego wykonawcy nie powinny zostać ujawnione. Przystępujący nie udowodnił przy tym, że charakter zastrzeżonych informacji, jest tego rodzaju, że muszą być traktowane jako nierozdzielna całość podlegająca ochronie. Zdaniem Odwołującego za nieuzasadnioną uznać należy akceptację tego typu zachowań przez Zamawiającego, który nie przeprowadził analizy całości zastrzeżonych wyjaśnień i załączników, akceptując automatycznie czynność dokonaną przez Przystępującego. Odwołujący wskazał też, że Zamawiający poza dokonaniem rzetelnej analizy zastrzeżenia informacji w charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa, w przypadku utrzymaniu ich utajniania, winien wskazać, czego w istocie one dotyczą, co pozwoli zagwarantować wykonawcom prawo do skorzystania z procedury odwoławczej przewidzianej Pzp. Z obowiązku tego Zamawiający ponownie się nie wywiązał, gdyż z treści Wyjaśnień nie sposób odczytać wyczerpującego katalogu zastrzeżonych informacji (czy chociażby ich charakteru). Zamawiający nie poinformował również o tym w jakikolwiek inny sposób. Podsumowując tę część argumentacji Odwołujący wskazał, iż 7

Przystępujący nie wykazał, że całość wyjaśnień i dokumentacji przedłożonych Zamawiającemu zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to zasługuje na utajnienie, pomimo wąskiego postrzegania wyjątku od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający natomiast bezrefleksyjnie zaakceptował utajnienie Wyjaśnień oraz załączonych do nich dokumentów oraz dokonał niezasadnej akceptacji zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie złożonych wyjaśnień, czym dopuścił się naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej przekazywanych wyjaśnień i dokumentów. W ramach złożonych wyjaśnień, Konsorcjum usiłowało wykazać wartość gospodarczą informacji, które w istocie dotyczą trzech pozycji kosztorysu ofertowego (spośród kilkuset pozycji, w tym spośród 68 pozycji wycenianych przez wykonawców tylko w ramach GRUPA PRAC NR 1 – Nawierzchnia - w formularzu TER). Już tylko ta okoliczność stawia pod znakiem zapytania ich wartość gospodarczą. Trudno bowiem zrozumieć, jak nawet znajomość wyliczenia tych pozycji, a w szczególności charakterystycznych dla nich kosztów (np. siatki stalowej, Slurry Seal), wpłynie na konkurencyjność w przyszłości. Tym bardziej, że – po pierwsze - w trakcie całej rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, która miała miejsce w związku z pierwszym wyborem oferty Konsorcjum, Wykonawca ten przekonywał, że pozycje te są całkowicie nieistotne (nic nie znaczące) i błahę z punktu widzenia całej oferty. Obecnie natomiast mają dla niego stanowić wartość gospodarczą, co do której udostępnienie informacji spowoduje - aktualnie i w przyszłości - niepowetowaną stratę gospodarczą po jego stronie (stanowią o jego przewadze konkurencyjnej). Po drugie, Przystępujący do wyceny tych pozycji podchodzi dość „frywolnie”, co pokazuje, że nie są one pochodną jakiegś ściśle określonej generalnej metodologii wyceny, ale w pewnym sensie raczej dziełem przypadku (lub też wynikiem całkowitego abstrahowania od rzeczywistej wartości kosztów ich wykonania). Konsorcjum w treści wyjaśnień wskazało m.in., że: „Zawarcie w Wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów odnoszących się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, ujawnia wykorzystywane przez Wykonawcę strategie budowania ceny ofertowej oraz strategię organizacji – minimalizujące koszty wykonywania usług i robót, a przez to wpływające na konkurencyjność Wykonawcy”, podczas gdy Wykonawca ten nie zastosował tożsamy strategii budowania ceny dla pozycji nr 10.1, 17.1 oraz 18.2, znajdujących się w Grupie prac nr 1 Nawierzchnia, w postępowaniach niemalże tożsamy czasowo i zakresowo, gdzie ceny ww. pozycji oferowanych przez Przystępującego są diametralnie odmienne (nawet dziesięciokrotnie wyższe), a termin złożenia ofert dzieliło zaledwie dwa dni. W ocenie Odwołującego powyższe stanowisko (dotyczące generalnej wartości gospodarczej

zastrzeżonych informacji) zostało zajęte wyłącznie na potrzeby tego postępowania, a jego celem jest uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji oferty Konsorcjum, np. „metodologii wyceny” pozycji, które stanowią zaledwie 2% wartości wyceny Zamawiającego. I gdyby tylko wyliczyć tę pozycję (18.2) w oparciu o ceny materiałów podane przez samo Konsorcjum w innych pozycjach (które się pokrywają), rzeczywista wartość ceny jednostkowej rośnie z 15 zł do ponad 500 zł. Pokazuje to, że na potrzeby tego postępowania Konsorcjum skrajnie, poniżej kosztów, nie doszacowało m.in. tej pozycji cenowej. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący sporządził argumentację dotyczącą udowodnienia wartości gospodarczej informacji obszernie, aczkolwiek rażąco lakonicznie i ogólnikowo, a zbliżony sposób wyjaśnienia był już poddany ocenie przez Izbę, która nie zgodziła się z Wykonawcą, utrzymując odtajnienie złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (wyrok KIO z dnia 4 marca 2022 roku, KIO 437/22). Odwołujący wskazał, że twierdzenia Przystępującego nierzadko sprowadzają się do powtarzania „w koło” tej samej myśli przy użyciu nieco innych słów, np. niezliczoną ilość razy Wykonawca powtarza, co zawierają wyjaśnienia, zamiast tłumaczyć, dlaczego stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto zdaniem Odwołującego znaczne fragmenty dotyczą tego, co Wykonawca zrobił, aby informacje te pozostały tajne (s. 5 i 6). Po drugie, zamiast uzasadniać wartość gospodarczą, Przystępujący przywołuje rozliczne orzecznictwo KIO. Nierzadko orzecznictwo to stanowi jedyny argument, dlaczego dany zestaw informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie kwestionuje istoty orzecznictwa Izby, niemniej jednak – po pierwsze – nie może być to główny argument uzasadniający, że poszczególne informacje mają wartość gospodarczą – po drugie – każdy wykonawca ma obowiązek wykazania wartości swoich informacji, a nie wywodzenia ich z ogólnie przyjętego uznania tych informacji w orzecznictwie za tajemnicę (w jakiejś innej sprawie odnośnie innego wykonawcy). Po trzecie Przystępujący sięga aż do orzecznictwa z 2013 roku, które dość mocno ewoluowało w stronę bardziej restrykcyjnego podejścia Izby. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał orzecznictwo Izby. Zauważył, że Konsorcjum nie przedłożyło żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. Ograniczono się jedynie do zdawkowych twierdzeń, jakoby rzekomo „Utrata przedmiotowych informacji przez Spółkę rodzi zagrożenie wykorzystania ich przez konkurentów w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi

konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji Spółki na rynku", czy innych w rzeczywistości pustych frazesów, co nie wyczerpuje kwestii udowodnienia z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., iż zastrzeżone informacje stanowią wartość gospodarczą. Tradycyjnie bowiem także tutaj pojawia się beletrystyka o „długoletnim doświadczeniu Spółki i wypracowanej pozycji na rynku, które stanowi w istocie trudną do wycenienia wartość” (s. 8). Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone przez

Konsorcjum zasadniczo równie dobrze mógłby złożyć każdy wykonawca ze swoimi wyjaśnieniami. Pokazuje to ich ogólnikowość i brak rzeczowości. Zdaniem Odwołującego brakuje przede wszystkim rzetelnej (a nie tylko głoślowej) analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji/ dokumentów nie ograniczał się do głoślowych deklaracji, ale był w stanie wykazać faktyczne skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów. Wykonawca w tym zakresie próbuje wskazywać na konkretne liczby, które – po pierwsze – są abstrakcyjne (równie dobrze mógłby wpisać coś zupełnie innego), nieudowodnione, a także – niekiedy – wręcz irracjonalne. Na przykład Przystępujący wskazuje, iż wartością gospodarczą (poprzez brak poniesienia szkody) ma być brak zapłaty kar umownych z umów z kontrahentami. Gdyby samo zastrzeżenie kar umownych wystarczało do wykazania wartości gospodarczej, wszyscy wykonawcy przedstawialiby takie umowy (nie stanowi to większego problemu; w końcu to wykazujący wartość gospodarczą zobowiązuje się do zapłaty takiej kary). Ugruntowane jest natomiast w orzecznictwie KIO stanowisko, że wykonawca biorący udział w przetargach musi się liczyć z obowiązkiem odtajnienia informacji go dotyczących. Odwołujący podkreślił, że choć Przystępujący powołuje się na jakąś wyjątkową „metodologię” wyceny oferty czy też model dotyczący współpracy z innymi podmiotami, w tym jakieś „szczególne” zasady negocjacji, w żaden sposób nie prezentuje, czym te rozwiązania różnią się od powszechnie występujących u innych (nie są charakterystyczne i podobne wszystkim), co ewentualnie stanowiłoby wstęp do przyjęcia, że mają one wartość gospodarczą. W tym kontekście zdaniem Odwołującego warto wspomnieć choćby o przedłożonych ofertach podwykonawców, co do których w ogóle w szczegółach Konsorcjum nie uzasadnia, dlaczego mają wartość gospodarczą. Odwołujący podkreślił, że nie domaga się odtajnienia stricte np. „modelu dotyczącego współpracy”. Wnosi jedynie o odtajnienie dokumentacji, która pozwoli mu na weryfikację realności zaoferowanej przez Konsorcjum Budia ceny w postępowaniu. Co ważne, sam przedmiot zamówienia nie wymaga wdrożenia czy zastosowania jakichkolwiek modeli czy „metodologii” obliczenia zaoferowanej ceny. Odwołujący podaje w tym miejscu w wątpliwość faktyczną zasadność zastosowania takiego rozwiązania (a z pewnością jakiegoś nietypowego sposobu podejścia do wyceny przez Wykonawcę). Podobnie jak w przypadku kwestii wartości gospodarczej, tak w przypadku kwestii know-how, Konsorcjum poprzestało na głoślowych twierdzeniach, niepopartych jakimikolwiek dowodami. Odwołujący podkreślił, że samo złożenie oświadczenia przy dokonaniu analizy wartości gospodarczej czy opisu w związku z tym know-how jest niewystarczające, toteż Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby.

Odwołujący wskazał także na brak wykazania poufności i podjęcia stosownych działań w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że nie ma dostępu do treści dokumentów, wskazanych jako załączniki do pisma z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (Regulamin kontraktowania etc.), dlatego też ma utrudnioną możliwość odniesienia się do podjętych przez Konsorcjum działań. Zdaniem Odwołującego trudno stwierdzić, na jakiej podstawie Zamawiający uznał te załączniki jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie zostały one przekazane Odwołującemu, a samo zastrzeżenie do nich się nie odnosi (ich nie obejmuje). Konsorcjum wspomina o nich zasadniczo jako o dowodach na podjęcie stosownych działań. Nie stanowi to wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Po drugie, Konsorcjum składa się z trzech podmiotów. O ile dokumenty te nie dotyczą działalności każdego z nich (a tak zdaje się być), tj. zostały wprowadzone u każdego z konsorcjantów osobno nie sposób uznać, że doszło do skutecznego wykazania poufności i podjęcia stosownych działań w tym zakresie. Obowiązkiwanie tych dokumentów u jednego z konsorcjantów zda się na nic, o ile pozostali nie wprowadzili tych rozwiązań u siebie. Po trzecie, w przedłożonych dokumentach brak jest dowodów, że pracownicy zapoznali się z tymi dokumentami, zostali zobowiązani do ich przestrzegania, a przede wszystkim Konsorcjum weryfikuje, że proponowane rozwiązania rzeczywiście obowiązują (są przestrzegane). Wykonawca ten wprowadza wspomina o zobowiązaniu pracowników wynikających z umowy o pracę, ale takich umów nie przedkłada (brak jakichkolwiek dowodów w tym zakresie). Może to świadczyć o wyłącznie „formalnym” (na potrzeby np. zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa) a nie faktycznym (rzeczywistym) funkcjonowaniu tych dokumentów na co dzień. Po czwarte, sam dokument o nazwie Polityka bezpieczeństwa brzmi jak standardowa procedura RODO, która funkcjonuje obecnie (musi) u każdego przedsiębiorcy. Przepisy Pzp natomiast wiedzą, jak sobie z takimi informacjami, zawierającymi dane osobowe, radzić (np. art. 74 Pzp). W związku z powyższymi kwestiami, co najmniej wątpliwe jest spełnienie przez Konsorcjum również przesłanki nr 2 i 3, które są niezbędne do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia ani pozostałe utajnione dokumenty, nie stanowią istotnej wartości gospodarczej dla Wykonawcy, a ich utajnienie ma wyłącznie na celu uniemożliwienie weryfikacji przez konkurentów wypełnienia wymagań Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, iż analiza oferty, w tym kosztorysu ofertowego Przystępującego wskazują, że wykonawca ten w sposób nierzetelny wycenił wszystkie pozycje kosztorysu. W szczególności wartość cen jednostkowych poszczególnych pozycji zaoferowane zostały poniżej realnych kosztów wykonania. W ocenie Odwołującego, Konsorcjum celowo zaniżyło niektóre pozycje kosztorysu ofertowego w tym postępowaniu,

aby w rezultacie obniżyć, w sposób niezauważony, wartość globalną swojej oferty i w ten sposób uzyskać przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazał, że Przystępujący zaniżył również takie pozycje kosztorysu ofertowego jak: Pozycje kosztorysu TER zawarte w GRUPIE PRAC NR 3 - Korpus drogi: 2.1, 4.1, 4.2, 9.1, Pozycje kosztorysu TER zawarte w GRUPIE PRAC NR 4 - Odwodnienie: 2.1, 12. 3, Pozycje kosztorysu TER zawarte w GRUPIE PRAC NR 5 - Chodniki, ścieżki rowerowe: 2.2, Pozycje kosztorysu TER zawarte w GRUPIE PRAC NR 6 - Oznakowanie: 4.2. Skrajnie niedoszacowane są pozycje kosztorysu TER zawarte w Grupie Prac 1 – Nawierzchnia, a mianowicie: Pozycja 10.1 –

Wykonywanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal, Pozycja 17.1 – Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej, Pozycja 18.2 – Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego – wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu. Na tle szacunkowej wartości zamówienia, w tym poszczególnych cen jednostkowych oszacowanych przez Zamawiającego, można dostrzec, „szacunkowo” na jakim poziomie, winny były ukształtować się ceny wykonawcy w analizowanych pozycjach TER (Odwołujący przedstawił dane w formie tabeli). Podkreślił, że analiza porównawcza wskazanych pozycji cen jednostkowych oszacowanych przez samego Zamawiającego oraz cen jednostkowych zaoferowanych przez Konsorcjum prowadzi do jednoznacznych wyników, iż wartość ceny jednostkowej Konsorcjum za pozycję 10.1 stanowi 43% wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez Zamawiającego, pozycja 17.1 stanowi 28% wartości szacunkowej tej ceny przyjętej przez Zamawiającego, zaś cena Konsorcjum z pozycji 18.2 stanowi zaledwie 2% wartości szacunkowej ceny przyjętej przez Zamawiającego. Wszystkie zaoferowane przez Konsorcjum w ww. pozycjach ceny jednostkowe zostały przyjęte przy tożsamyh ilościach, jak przyjęte przez Zamawiającego przy szacowaniu ceny z dnia 2 września 2022r. Wartość Zamawiającego w ostatniej pozycji wynosi bowiem blisko 700 tys. zł. Natomiast Przystępujący przyjął cenę 15 tys. zł. Ponadto nierealne są również ceny zaoferowane w pozycjach 10.1 oraz 17.1. Kluczowe dla nich jest, że usługę wykonania tych dwóch pozycji oferuje ograniczona liczba podwykonawców na rynku, a rynkowa cena usługi związanej ze wzmocnieniem nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej w momencie ofertowania (grudzień 2022) mieściła się w przedziale od 49zł/netto za 1m2 do 65,00 zł/netto za 1m2, zaś wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal w momencie ofertowania mieściła się w przedziale od 38,50 zł/netto za 1m2 do 46,00 zł/netto za 1 m2. Powyższa okoliczność dodatkowo utwierdza w przekonaniu, że wartości cen jednostkowych zaoferowane przez Konsorcjum znacząco obiegają od cen, które faktycznie są ofertowane na rynku. Więcej, ceny zaoferowane przez Konsorcjum nie pozwalają na zakup nawet tych podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania prac. Jedynie dla dalszych celów porównawczych

Odwołujący przedstawił ceny jednostkowe, które sam zaoferował w tym pozycjach i które zbliżone są do wartości oszacowanych przez Zamawiającego.

O tym, że celowe, nierynkowe zaniżenie wskazanych cen jednostkowych przez Przystępującego miało realny wpływ na wynik postępowania i w rezultacie doprowadziło do sytuacji, w której utrudniło Odwołującemu (który dokonał prawidłowej kalkulacji poszczególnych cen) dostęp do przedmiotu zamówienia stanowi fakt, iż jeśli do kalkulacji Konsorcjum w zakresie powyższych, skrajnie zaniżonych pozycji podłożyłoby się np. szacunkowe ceny tych jednostek, na podstawie których Zamawiający oszacował wartość całego zamówienia, wówczas ceny oferty Przystępującego wyniosłaby 49 280 946,57 zł, a zatem byłaby wyższa (w zakresie podstawowym) o 374 259,90 zł od oferty Odwołującego (!). Jeśli zaś do kalkulacji podstawiliby się wartości cen jednostkowych, które przyjął sam Odwołujący, wówczas cena oferty Konsorcjum wyniosłaby 49 462 642,17 zł i byłaby droższa od oferty Odwołującego aż o 521 979,90 zł. Nie da się zatem nie dostrzec, iż w obu analizowanych przypadkach, to oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszym miejscu w rankingu ofert i w rezultacie to Odwołujący uzyskałby przedmiot zamówienia. Wyłącznie zatem dzięki zaoferowaniu w powyższych pozycjach cen jednostkowych, które nie pozwalają na sfinansowanie wszystkich prac i zakup niezbędnych materiałów (są zatem niewykonalne w tych cenach), Konsorcjum uzyskało zamówienie.

Zdaniem Odwołującego fakt, iż zaniżenie wskazanych powyżej cen nie jest dziełem przypadku, a samo Konsorcjum jest świadome zdecydowanie wyższych kosztów ich wykonania, wynika na przykład z oferty tego wykonawcy złożonej w innym postępowaniu 2 dni wcześniej niż w obecnym postępowaniu. Dokładnie te same pozycje zostały wycenione na zupełnie innym, znacznie wyższym, ale przede wszystkim – rynkowym poziomie. I tak chociażby: w postępowaniu pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz z wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 42, 74j, 91c na odcinkach administrowanych przez Rejon Radomsko” – oferta składana w dniu 6 grudnia 2022 r. (a zatem raptem 2 dni przed złożeniem oferty w tym Postępowaniu), zaś analizowane pozycje zostały wycenione na poziomie: Pozycja 10.1 Wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal – cena jednostkowa netto – 66,00 zł, Pozycja 17.1 Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej – cena jednostkowa netto – 70,00 zł, Pozycja 18.2 Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego -wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu – cena jednostkowa netto – 150,00 zł. Na tym samym lub nawet wyższym (!) poziomie wycenione zostały wskazane pozycje w postępowaniu pn.: "Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Łodzi wraz z wszystkimi elementami na drogach krajowych nr 12, 48, 74 na odcinkach administrowanych przez Rejon Opoczno” – termin składania ofert w tym postępowaniu również wyznaczony był na 6 grudnia 2022 r.: Pozycja 10.1 Wykonanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal – cena jednostkowa netto – 66,00 zł, Pozycja 17.1 Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej – cena jednostkowa netto – 85,00 zł, Pozycja 18.2 Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego - wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu – cena jednostkowa netto – 150,00 zł. Odwołujący wskazał, iż dziwi skąd tak znacząca zmiana decyzji Konsorcjum przy wycenie. Co takiego stało się w ciągu dwóch dni, że np. cena jednostkowa: w pozycji 18.2 zmniejszyła się z 150 zł do 15 zł, a zatem z wartości razem z tą pozycją z 150 tys. zł do ceny 15 tys. zł (dziesięciokrotnie); w pozycji 17.1 z ceny jednostkowej 85 zł do ceny 12 zł (z wartości blisko 1 mln 400 tys. zł do 190 tys. zł za tę pozycję – różnica 1 mln 200 tys. zł); w pozycji 10.1 z ceny jednostkowej 66 zł do 18 zł, z zatem z wartości 264 tys. zł do 72 tys. zł – różnica blisko 200 tys. zł. W celu przejrzystego przedstawienia, jaki wpływ miało zaniżenie przez Konsorcjum poszczególnych cen jednostkowych, Odwołujący przedstawił tabelę porównawczą, w której wskazano jakie wartości miałyby globalne ceny za daną pozycję, gdyby pozycje te wycenione zostały zgodnie z rynkowymi wartościami, takimi jak zaoferowane zostały przez Konsorcjum w innych, wskazanych wyżej postępowaniach. Odwołujący zaprezentował też w formie tabeli, jaki wpływ na cenę ostateczną miało zaniżenie cen jednostkowych analizowanych pozycji. Odwołujący wskazał, iż jeśli tylko przyjąć własne ceny Przystępującego z oferty złożonej dwa dni później (tj. przedmiotowej oferty), to udało się „wypracować obniżenie oferty” o wartość półtora miliona

złotych (1,5 mln zł). Gdyby zatem Konsorcjum nie zaniżyło analizowanych cen jednostkowych, wówczas wartość jego oferty wyniosłaby (1) 48 982 099,87 zł lub (2) 49 222 099,87 zł. W obu tych przypadkach, oferta Konsorcjum byłaby droższa od oferty Odwołującego, a w konsekwencji – Konsorcjum nie uzyskałoby przedmiotu zamówienia. Już choćby zasady doświadczenia życiowego pozwalają na ustalenie, że metodologia wyceny ww. pozycji z Grupy PRAC NR 1 – Nawierzchnia, uniemożliwiają uzyskanie rabatów i wartości cen jednostkowych w okresie czasowym dwóch dni od wymienionych postępowań, w których wystąpiły tożsame pozycje kosztorysowe, na poziomach zawartych w ofercie Konsorcjum w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż w świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, ma obowiązek ustalić, czy nie została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi

obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Katalog czynów stanowiących nieuczciwą konkurencję ma charakter otwarty, tzn. za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. może być każde zachowanie, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a którego konsekwencją jest naruszenie interesu innego przedsiębiorcy. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej za czyn nieuczciwej konkurencji uznawana jest praktyka manipulowania ceną oferty poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia. Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji wskazuje, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, która pozwala na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego). Odwołujący powołał się na orzecznictwo. W jego ocenie nie da się nie dostrzec, że wartości cen jednostkowych wskazane przez Konsorcjum są rażąco zaniżone, a ich wartość nie pokrywa nawet kosztu zakupu materiałów niezbędnych do zrealizowania prac objętych tymi pozycjami (o czym więcej w dalszej części). Tak znacząca, widoczna i wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych pozycji nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji. Tym samym, istnieją wyraźne podstawy do tego by przyjąć, że oferta Konsorcjum złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i powinna być została odrzucona. Zamawiający uchybił jednak temu, czym naruszył przepisy ustawy Pzp. Nie sposób zdaniem Odwołującego przeoczyć okoliczności wystąpienia związku przyczynowo- skutkowego pomiędzy zaoferowaniem cen dla ww. pozycji przez Konsorcjum w niniejszym postępowaniu, na poziomie diametralnie odmiennym od cen zaoferowanych dwa dni wcześniej dla tożsamych pozycji w dwóch ww. postępowaniach na rzecz tożsamego Zamawiającego i dla podobnych co do parametrów klasy dróg (drogi G i GP), ale już po otwarciu ofert w tych postępowaniach.

Uzasadniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażąco niską cenę oraz błąd w obliczeniu ceny, Odwołujący wskazał, iż zaniżenie wartości poszczególnych pozycji skutkuje brakiem możliwości wykonania zakresów przypisanych do tych pozycji za zaoferowane ceny. Odwołujący podkreślił, że poz. 10.1 oraz 17.1 są wykonywane przez specjalistyczny sprzęt (a w szczególności 17.1) i są wykonywane przez nieliczne podmioty w kraju, więc nieprawidłowa wycena powoduje, że nie da się ich zrealizować, a przez to taka oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dodał, iż pkt 17.5 SWZ wymaga, by każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować

całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Dodatkowo pozycja 17.1 jest istotna z uwagi na fakt, że zastosowanie siatki stalowej podnosi parametry nośności drogi. Jest to najszybszy i najtańszy dostępny na rynku sposób podniesienia parametrów drogi bez konieczności przebudowywania całej konstrukcji drogi (co wiąże się z dużymi kosztami oraz długotrwałymi utrudnieniami w ruchu). Przy ocenie realności ceny należy mieć na uwadze również to, że dla każdej z kwestionowanych pozycji Zamawiający nie zapewnia minimalnych ilości ich wykonania, a przez to przy niskim poziomie zleceń danych pozycji, ich cena jednostkowa uzyskana od podmiotów specjalistycznych i dostawców materiału będzie adekwatnie wyższa, niż przy zapewnieniu wykonania danej pozycji w przewidywalnym krótkim okresie czasu wykonania i przy dużych ilościach zlecenia konkretnej pozycji, a sam Zamawiający poprzez treść § 24 ust. 6 PPU nie zapewnia wykonawcom minimalnych ilości wykonania tych pozycji. Odwołujący wskazał też co zgodnie z SST powinny obejmować poszczególne pozycje. Ponadto zauważył, iż składowe robót w pozycji 18.2 dają łączną cenę poziomie 503,00 zł netto, przy uwzględnieniu wymaganych do wykonania i rozliczenia robót z pozycji 18.2, zaś Konsorcjum zbiorczą pozycję zawierającą te wszystkie elementy w poz. 18. 2 formularza TER 1 wyceniło wielokrotnie poniżej (33-krotnie) wartości sumy tych poszczególnych robót. Dla zobrazowania powyższego Odwołujący przedstawił wycenę poszczególnych pozycji składających się na poz. 18.2 zgodnie z ofertą Konsorcjum. Powyższe okoliczności nie pozostawiają wątpliwości, że zaoferowane przez Przystępującego ceny jednostkowe stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, zawierają rażąco niską cenę i nie pokrywają wszystkich kosztów realizacji poszczególnych prac. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby dotyczące błędu w obliczeniu ceny.

Zamawiający w dniu 4 maja 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Ponadto poinformował, iż w dniu 27 kwietnia 2023 r. do Zamawiającego, ze strony Konsorcjum wpłynęło pismo wraz z załącznikami treścią, którego Przystępujący ujawnił w części informacje zawarte w dokumentach, tj.: Regulamin Pracy i Polityka bezpieczeństwa Spółki. W związku z tym w tym samym dniu Zamawiający przekazał wykonawcom, w tym Odwołującemu informacje, które zostały odtajnione przez Konsorcjum. Zamawiający podniósł ponadto, iż w treści odwołania nie doszukał się argumentacji dotyczącej zarzutów opisanych wyżej w pkt 2 i pkt 6 odwołania, wobec czego uznać należy, że Odwołujący w sposób prawidłowy nie postawił tych zarzutów. Zamawiający wniósł o pominięcie zarzutów z pkt 2 i 6 odwołania, jako niedookreślonych, a tym samym takich, które należy uznać za niepostawione, które powinny pozostać bez rozpoznania.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 1 Zamawiający wskazał, iż jest on w jego ocenie bezzasadny. Zamawiający dokonał stosownego badania informacji zastrzeżonych przez

Konsorcjum i doszedł do przekonania o prawidłowości objęcia przez Konsorcjum części informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Wykonawca bowiem wypełnił obowiązek wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i wykazał kumulatywne wystąpienie przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający zaprzeczył, aby treść pisma z dnia 27 marca 2023 r. była w całości utajniona. Przystępujący przekazał owe pismo w dwóch wersjach, tj. jedno zawierające informacje o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa oraz w wersji niezawierającej informacji poufnych. Zamawiający udostępnił Odwołującemu „wersję jawną”, tj. tą, która nie zawiera informacji posiadających walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W zakresie charakteru informacji i ich wartości gospodarczej Zamawiający stwierdził, iż zastrzeżone przez Konsorcjum informacje zaliczają się do katalogu informacji, które zasługują na ochronę, ponieważ Przystępujący w ich treści jasno wskazał, że Konsorcjum zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a konkretnie: szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej, obowiązującej u Wykonawcy, wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze dot. danej pozycji TER 1, poszczególne elementy założeń, informacje opisowe dot. kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, stosowanej metodologii i warunków współpracy z kontrahentami na rynku, informacje odnoszące się do kontaktów z innymi kontrahentami oraz informacje zawarte w dokumentach od kontrahentów (w tym oferty kontrahentów, umowy podwykonawcze), w tym dane o kontrahentach oraz warunki charakter współpracy. Zamawiający powołał się w tym zakresie na stosowne orzecznictwo. Zdaniem Zamawiającego charakter zastrzeganych informacji bez wątpienia predysponuje zastrzegane informacje do tego, aby je umieścić w katalogu informacji wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.. Zamawiający prezentuje pogląd, że Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Co więcej, Konsorcjum w złożonym piśmie wyraźnie skwantyfikowało wartość poniesionej szkody w przypadku ujawnienia zastrzeżonych informacji, zaś sposób jej wyliczenia został wyraźnie opisany przez Konsorcjum, a tym samym nie sposób uznać, że jest to kwota „z sufitu”, co zdaje się twierdzić Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania.

Zamawiający nie zgodził się też z Odwołującym, który sprowadza argumentację w tym zakresie jedynie do poziomu kosztowego wyjaśnianych pozycji, próbując zdyskredytować wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Tego rodzaju argumentację należy uznać za chybioną, bowiem „istotność” nie może być postrzegana jedynie przez pryzmat zaoferowanej ceny, co znajduje wprost odzwierciedlenie nie tylko w poglądach doktryny, ale również orzecznictwie Izby. Za chybione należy uznać również stanowisko Odwołującego poprzez wykorzystywanie innych postępowań, w których wykonawca ubiegał się o udzielenie

zamówienia i w konsekwencji zdawał się twierdzić, że Konsorcjum nie może posiadać i stosować strategii budowania ceny ofertowej, bowiem w innym postępowaniu zaoferowało cenę wyższą. W tym aspekcie Zamawiający zauważył, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest zobowiązany za każdym razem do stosowania identycznej strategii budowania ceny, a jest to determinowane chociażby określonymi warunkami, które towarzyszą danemu zamówieniu, np. danemu wykonawcy z różnych względów może zależeć na pozyskaniu danego kontraktu (np. ze względów prestiżowych może chcieć posiadać dany kontrakt lub klienta w swoim zasobie swojego doświadczenia), co wcale nie oznacza, że w innym przypadku nie może chcieć zastosować innej ceny. Odwołujący przytacza również orzecznictwo Izby, które odnosi do Przystępującego, jednak sam już zauważa, że nie dotyczyło ono tożsamych okoliczności faktycznych, a co najwyżej „zbliżonego sposobu wyjaśnienia”, co przesądza o tym, że nie można w sposób tak prosty, jak chciałby Odwołujący, przenosić stanowiska Izby na niniejszy stan faktyczny.

Zamawiający nie zgodził się również ze stwierdzeniem, że Przystępujący „zamiast uzasadniać wartość gospodarczą to przywołuje rozliczne orzecznictwo Izby”. Już pobieżna analiza stanowiska Konsorcjum, które zostało zaprezentowane na str. od 3 do 10 – załącznika nr 1 stanowiącego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że przywołane orzecznictwo należy odczytywać jedynie jako wsparcie stanowiska Przystępującego a nie jego zastąpienie, co sugeruje Odwołujący. Zamawiający zwrócił uwagę na konkretne informacje i liczby jakie podał Przystępujący w tej części uzasadnienia na temat poziomu straty związanej z ujawnieniem informacji (str. 4), informacje na temat kształtu kontraktowania (str. 5), sposobu zachowania warunków poufności (str. 6), sposobu i nakładów związanych z przygotowaniem oferty (7-8), rozbicia kosztów związanych z poniesieniem szkody (str. 8). Odwołujący wydaje się traktować wyjaśnienia złożone przez Przystępującego w sposób bardzo wybiórczy i wybiera z nich jedynie poszczególne elementy, którym następnie nadaje „wygodne” znaczenie, pomijając cały kontekst, w którym osadzony jest taki element. Za chybione zdaniem Zamawiającego należy uznać twierdzenie Odwołującego, który w uzasadnieniu odwołania domaga się złożenia w tym zakresie dowodów. Zamawiający wyjaśnia, że mianem wartości gospodarczej informacji określa się jej przydatność do prowadzenia określonej działalności, budowania dzięki takiej informacji przewagi konkurencyjnej, czy maksymalizacji zysków. Wartości gospodarczej należy upatrywać również w takich informacjach, których ujawnienie może spowodować, bądź powoduje, szkodę dla podmiotu, którego tajemnica została naruszona. Zamawiający powołał się w tym zakresie na orzecznictwo. Na kanwie przytoczonych poglądów w ocenie Zamawiającego za prawidłowe i wyczerpujące należy uznać opisanie przez Konsorcjum tego, w czym upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, a także wskazanie

konkretnej wymiernej szkody, którą wykonawca poniesie w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Zauważenia wymaga, że Odwołujący kwestionuje wyliczenia Przystępującego nie podając przy tym żadnych konkretnych powodów, dlaczego uznaje je za nieprawidłowe. Podsumowując Zamawiający prezentuje pogląd, że Przystępujący jasno i klarownie wskazał i opisał charakter zastrzeganych informacji a także wykazał ich wartość gospodarczą.

Następnie Zamawiający odniósł się do drugiej z przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., podnosząc, iż najlepszym potwierdzeniem spełnienia ww. przesłanki jest szereg stwierdzeń Odwołującego zawartych w treści uzasadnienia

odwołania, z których wynika, że Odwołującemu nie jest dostępna wiedza na temat zastrzeżonych informacji, a ponad wszelką wątpliwość zaliczany jest choćby ze względu na naturę przedmiotowego sporu – do podmiotów zajmujących się tego rodzaju informacjami. Niemniej jednak Przystępujący również zapewnił o tej okoliczności w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując, że zastrzeżone dane nie zostały upublicznione ani na stronach internetowych członków Konsorcjum, ani w materiałach promocyjnych, czy w toku innych postępowań. Zamawiający weryfikując przytoczoną informację stwierdził, iż zawarte w części tajnej wyjaśnień rażąco niskiej ceny materiały, tj. metodologia obliczania ceny, zasady kalkulacji kosztów i warunki umów z kontrahentami, nie są danymi, które można znaleźć na stronie internetowej któregośkolwiek z członków Konsorcjum.

Odnosząc się do podjęcia działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności Zamawiający zauważył, że Konsorcjum wskazało w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa cztery główne kierunki podjętych działań: 1) na pierwszym miejscu Przystępujący wskazał, wspomniane już w przedmiotowej opinii ograniczenie liczby pracowników z dostępem do utajnionych informacji i zobowiązanie osób posiadających ów dostęp do przestrzegania specjalnych zasad i procedur, na potwierdzenie czego Konsorcjum załączyło dowód w postaci Regulaminu Pracy, na podstawie którego pracownicy są zobowiązani m.in. do zachowania w poufności wszystkich dostępnych informacji, w tym informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pracodawcy; 2) w drugiej kolejności Przystępujący wskazał szczególne zabezpieczenia techniczne podjęte w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji (przechowywanie dokumentów w zamykanych szafach/sejfach, albo na zabezpieczonych serwerach, monitoring i alarm w budynku); 3) po trzecie Przystępujący wskazał, iż w ramach jego przedsiębiorstwa funkcjonuje specjalna Polityka bezpieczeństwa (którą załączył w charakterze dowodu), na podstawie której obowiązują szczególne reguły przetwarzania danych i zapewnienia bezpieczeństwa informacji; na koniec Przystępujący podkreślił, że stosuje w kontaktach z kontrahentami odpowiednie klauzule dot. poufności informacji, na potwierdzenie czego załączył wzór zasad

zachowania poufności z kontrahentami. Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego braku podstawy udostępnienia załączników, które są związane z zastrzeżeniem przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający wyjaśnia, że treść załączników została wyraźnie wskazana w opisie lub została oznaczona kolorem szarym, co zgodnie z intencją Przystępującego wskazuje, że powinny pozostać one w poufności. Potwierdzeniem powyższego wydaje się również stanowisko Przystępującego, który z własnej inicjatywy w dniu 27 kwietnia 2023 r. złożył oświadczenie o ujawnieniu część dokumentów w postaci Regulaminu Pracy i Polityki bezpieczeństwa Spółki natomiast pozostałe pozostawił w poufności. Zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że deklaracje złożone przez Konsorcjum w uzasadnieniu zastrzeżenia obejmują wszystkich członków Konsorcjum, co znajduje jednoznaczne odzwierciedlenie w wyjaśnieniach Przystępującego, który stwierdził, że „członkowie Konsorcjum podkreślają, że ograniczona liczba pracowników ma dostęp do przedmiotowych informacji” itp. Kolejno Zamawiający podniósł, że Konsorcjum co prawda składa się z trzech podmiotów, ale kluczowym jest, iż Pan T. B. jest osobą, która łączy wszystkie trzy podmioty. Wszystkie trzy podmioty. Natomiast w pozostałych dwóch (BUDiA Standard i DROG-BUD) współnikami są: T. B. oraz G. B.. Tym samym zasadnym jest stwierdzenie, że deklaracje złożone przez Konsorcjum w uzasadnieniu zastrzeżenia obejmują wszystkich członków Konsorcjum, bowiem trudno uznać, aby te same informacje były chronione przez jeden z podmiotów, a przez drugi nie, skoro podmioty te mają tych samych współników. Nadto Zamawiający zwrócił uwagę, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum nie są dużymi przedsiębiorstwami (np. T. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: "B." Firma Produkcyjno - Handlowo – Usługowa T. B.), które muszą posiadać w swych zasobach ściśle sformalizowaną politykę bezpieczeństwa informacji, bowiem w przypadku tego rodzaju podmiotów dostęp do informacji poufnych ma zwykle niewielki krąg osób. Zamawiający powołał się na stosowne orzecznictwo.

Zamawiający podkreślił, iż w orzecznictwie Izby wskazuje się, że analiza w zakresie wypełnienia ww. przesłanki nie powinna być dokonywana ad casum. Nie zawsze „wykazanie” wymaga przedstawienia określonych dokumentów, a w niektórych przypadkach wystarczającym jest wiarygodne przedstawienie okoliczności uzasadniających określone stanowisko przepisu nie precyzuje, jakie to mają być konkretnie czynności związane z podjęciem działań w celu zachowania poufności, a tymczasem sposobów i środków ochrony każdej informacji jest wiele. Mogą być to zarówno środki o charakterze technicznym, organizacyjnym jak i prawnym. Nie ma przy tym środków „lepszych” i „gorszych” czy jakiegoś obowiązku stosowania ich obszernego katalogu. W interesie przedsiębiorcy leży bowiem stosowanie jak najbardziej efektywnych środków materialne nie mają jednak pierwszorzędного znaczenia, stanowią one uzupełnienia wyjaśnień poczynionych

w uzasadnieniu. Co ważne i zwraca się na to uwagę w orzecznictwie, podobnie jak w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, dowodem mogą być nie tylko załączane dokumenty, ale także szczegółowe opisy zawarte w treści uzasadnienia. Podsumowując, Zamawiający stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. z uwagi na to, że Przystępujący wykazał w sposób dostateczny, że zastrzeżone informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa o określonej wartości gospodarczej, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej a także podjęto wobec nich odpowiednie działania celem zachowania ich w poufności. W związku z tym ww. zarzut należy uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zamawiający z ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie podzieliła jego argumentacji zasadzającej się na tym, iż ww. zarzut powinien zostać pominięty podniósł, iż z powodów opisanych w pkt 1 powinien zostać oddalony jako zarzut de facto wynikowy.

Kolejno Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odniósł się do zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego „z ostrożności”, które traktuje jako tzw. „zarzuty ewentualne”.

Przystępujący w dniu 4 maja 2023 r. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości,

prezentując argumentację zbieżną ze stanowiskiem Zamawiającego.

W zakresie dotyczącym tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący podniósł w szczególności, że zarzuty odwołania mają charakter blankietowy i abstrakcyjny, nie korespondują ze stanem faktycznym. Zakwestionował także objęcie zakresem zarzutów dokumentów załączonych do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Zauważył, że Odwołujący nie jest pewien, jakie konkretnie dokumenty mają być odtajnione (wskazał na pkt 55 odwołania i zawarte tam słowo „raczej”), a jego żądanie nie odnosi się do przedstawienia konkretnych dokumentów. Przystępujący podniósł także, że Odwołujący nie odnosi się do treści zastrzeżenia, stawiając hipotezę o jego ogólności. Nie zgodził się też ze stanowiskiem, jakoby objął przedmiotem zastrzeżenia „obszerny katalog informacji” a nie informację wskazaną w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Podkreślił, że nie zastrzegł całych wyjaśnień, a jedynie ich część w zakresie spełniającym przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący wskazał, że oprócz szczegółowego uzasadnienia i złożonych oświadczeń, Przystępujący dołączył do pisma również dowody potwierdzające spełnienie przesłanek, w tym wartość gospodarczą i działania mające na celu dochowanie poufności (Regulamin kontraktowania; Regulamin Pracy; Polityka bezpieczeństwa Spółki; Zasady zachowania poufności, umowa ramowa). Jednocześnie w treści samego uzasadnienia zastrzeżenia, Przystępujący 21

przedstawił nie tylko uzasadnienie prawne (jak zdaje się sugerować Odwołujący), ale również złożył oświadczenia i opisał szereg działań podejmowanych przez Przystępującego, w tym mających na celu zachowanie informacji w poufności. Wskazał na zakres zastrzeżonych informacji wymieniony w uzasadnieniu zastrzeżenia.

Odnosząc się do wartości gospodarczej informacji Przystępujący podniósł w szczególności, iż zastrzeżone informacje składają się na całokształt know-how Przystępującego przy zamówieniach o podobnym przedmiocie, a na ich podstawie można w łatwy sposób wywnioskować jakie prawdopodobne dane do kalkulacji Odwołujący przyjmie w ofertach przy podobnych zamówieniach – co stanowi o stałym walorze gospodarczym zastrzeżonych informacji. To z kolei rodzi niebezpieczeństwo dla pozycji Odwołującego na rynku, co dodatkowo potwierdza wartość gospodarczą informacji. Odwołujący nie dostrzega również zawartych w umowach z podwykonawcami klauzul poufności, które to potwierdzają dochowanie działań mających na celu zachowanie tajemnicy. Przystępujący w treści uzasadniania zastrzeżenia wyraźnie wskazał wprost, że zawiera z takim partnerem umowę, w której taki podmiot zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy informacji poufnych – które to obejmują w szczególności know-how projektów, specyfikacji, dokumentów, danych stanowiących tajemnicę prawnie chronioną, które obejmują w szczególności dane osobowe klientów oraz dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa – a do czego w żadnym stopniu nie odniósł się Odwołujący. Przystępujący dołączył przedmiotowy dokument jako wzór oraz w odniesieniu do kontrahenta składającego ofertę. W związku z podejmowaną współpracą, partner jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich materiałów, dokumentów oraz informacji, w szczególności technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych, w tym ujęte w Wyjaśnieniach jako „tajemnica przedsiębiorstwa” - na co wyraźnie Przystępujący wskazał w treści uzasadnia zastrzeżenia. W zakresie stanowiska Odwołującego, że Przystępujący we wcześniejszym postępowaniu przed KIO wskazywał na brak istotności danych pozycji dla realizacji niniejszego zamówienia, Przystępujący podkreślił, że informacje będące przedmiotem kalkulacji posiadają wartość gospodarczą niezależnie od tego w jakim stosunku pozostają wobec określonych części zamówienia. Nawet jeśli ten stosunek można wyrazić określoną proporcją, to brak jest podstaw to uznania, że jej wynik stanowi punkt odniesienia do wartości danej informacji. Ponadto niezrozumiałe jest przyjęcie, by Przystępujący miał rzekomo nie uzasadnić wartości gospodarczej, a jedynie przywoływać orzecznictwo KIO. Przystępujący przedstawił bowiem szerokie uzasadnienie dla poczynionego zastrzeżenia, w tym wyjaśnił na czym polega wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji. Nie chcąc powielać całego uzasadnienia w tym zakresie, Przystępujący dla przykładu przedstawił wybrane fragmenty, w których to uzasadnił – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wartość gospodarczą.

Dalej Przystępujący wskazał, że sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych – tak również na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego – stanowią indywidualny dorobek handlowy Przystępującego. Opiera on się na wieloletnim doświadczeniu i zaangażowaniu specjalistów. Przystępujący wykazał, że wewnątrz działalności funkcjonuje określony model dotyczący współpracy z innymi podmiotami, określający w szczególności zasady prowadzenia negocjacji, składania i przyjmowania ofert – co reguluje przedłożony Zamawiającemu do wyjaśnień Regulamin kontraktowania. Jego treść określa zasady prowadzenia negocjacji przez osoby występujące w imieniu wykonawcy oraz zawierania umów z kontrahentami – ukazując sposób współpracy, metody wyboru kontrahentów czy same nakłady przeznaczone na prowadzenie negocjacji. Został on opracowany na podstawie wieloletniego doświadczenia i znalazł również zastosowanie przy opracowywaniu kalkulacji czy poszukiwaniu kontrahentów na potrzeby opracowania oferty w niniejszym postępowaniu. W ten sposób ukazano model funkcjonowania Odwołującego w ramach przygotowywania ofert, nie tylko na potrzeby niniejszego zamówienia, a co dodatkowo wykazało wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji – co podkreślał w uzasadnieniu Przystępujący. przy podejmowaniu współpracy z kontrahentem, Przystępujący zawarł z takim partnerem umowę i podpisał zasady zachowania poufności. W ten sposób uregulowane zostały z kontrahentem wynegocjowane warunki współpracy, w tym zobowiązanie się do zachowania w tajemnicy informacji poufnych – które to obejmują w szczególności know-how, projektów, specyfikacji, dokumentów, danych stanowiących tajemnicę prawnie chronioną, które obejmują w szczególności dane osobowe klientów oraz dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W wyraźny sposób wskazywał na to Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, odwołując się do tych dokumentów. Wykonawca dołączył również przedmiotowy dokument w odniesieniu do kontrahentów składających przedłożone oferty. W związku z podejmowaną współpracą, partner jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich materiałów, dokumentów oraz informacji, w szczególności technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych. Podsumowując wskazano, iż Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał okoliczności świadczące o tym, że informacje przez niego zastrzeżone posiadają wartość gospodarczą. Utajnienie poszczególnych dowodów, stanowiących załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, stanowi naturalną konsekwencję zastrzeżenia dokumentów wyjściowych, w szczególności szczegółowych kalkulacji, ofert podwykonawczych. Z uwagi na unikalny charakter tych dokumentów, ich dedykowanie do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też

wskazywanie w ich treści informacji, które pośrednio mogłyby prowadzić do ujawnienia nazw podmiotów współpracujących, zastrzeżenie ich przez Przystępującego nie powinno budzić wątpliwości.

Odnosząc się do kwestii zachowania informacji w poufności i podejmowania działań w tym zakresie, Przystępujący podniósł, iż Odwołujący pomija opis tych działań, wraz ze złożonymi oświadczeniami i powołaniem na określone dokumenty. Przystępujący podkreślał, że bezpieczeństwo we współpracy z podmiotami zewnętrznymi zapewniane jest poprzez zawarcie odpowiednich klauzul dotyczących poufności informacji – w umowach lub w innych aktach prawnych. Przystępujący korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów, które dają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków ochrony o charakterze technicznym i organizacyjnym, by w odpowiedni sposób chronić przekazywane informacje. Przy czym z podmiotami zawiera umowy ramowe, zawierające m.in. klauzule poufności, kary umowne za naruszenie i inne zasady współpracy. Przystępujący wskazywał również obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy ujęte są również w zawartych z nimi umowach oraz w treści obowiązującego w Regulaminu Pracy. Jednym z obowiązków pracowniczych jest dbanie o dobro zakładu pracy, jego mienie i interesy ekonomiczne, jak również zachowywanie w tajemnicy informacji dotyczących zakładu pracy, stosowanych technologii, wyników ekonomicznych, zatrudnionych pracowników itp. Z kolei na zasadzie § 14 ust. 10 Regulaminu, każdy pracownik jest zobowiązany do zachowania poufności dostępnych informacji, w tym m.in. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, do których pracownik ma dostęp z tytułu wykonywania obowiązków służbowych (w czasie trwania umowy i po jej wygaśnięciu). W związku z podejmowaną współpracą, kontrahent jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, w szczególności technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych – na co wskazywał Przystępujący, a co zostało potwierdzone dowodami. Wobec tego nie ulega wątpliwości, że w zakres takich danych wchodzi również informacja ujęta w wyjaśnieniach jako „tajemnica przedsiębiorstwa”. Przystępujący wyraźnie podkreślał również, że funkcjonuje u niego Polityka bezpieczeństwa. Nie można zgodzić się z Odwołującym, by rzekomo dokument ten miał stanowić „standardową procedurę RODO”. Przykładowo, w dokumencie tym znajdują się odniesienia do ewidencji osób upoważnionych czy też środków niezbędnych do zachowania poufności, również informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakres stosowania Polityki obejmuje wszystkie dane osobowe przetwarzane przez Wykonawcę w związku z prowadzoną działalnością, w jakiegokolwiek formie, zarówno elektronicznej, jak i papierowej. Dodatkowo, Przystępujący opisał również szereg podejmowanych działań, w tym sposób przechowywania dokumentów, sposoby zabezpieczenia, monitoring – co również pozostało poza rozważaniami Odwołującego. Niezrozumiałe jest również wskazywanie, by treść zastrzeżenia nie odnosiła się do zastrzeżonych dokumentów dotyczących zachowania poufności. Podkreślić bowiem trzeba, w ślad za treścią zastrzeżenia, że poszczególne klauzule poufności, warunki współpracy i kary umowne zostały zapisane w dokumentach odnoszących się do współpracy z 24

podmiotami trzecimi. Absurdalnym jest twierdzenie Odwołującego o możliwości swobodnego rozprzestrzeniania się tych informacji. Odwołujący nie dowodzi w żaden sposób tej okoliczności. Odwołujący nie uwzględnia tutaj tak formy składania oświadczenia, a także faktu, iż wszystkie organizacje połączone są osobowo. Toteż wyjście informacji poza upoważnione osoby wymagałoby jej przetworzenia i przekazania przez właścicieli firm, a więc podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy.

Przystępujący wskazał ponadto, iż zastrzeżonych informacji nie sposób uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze – nie są powszechnie dostępne, jak również nie jest możliwe ich pozyskanie w żadnej powszechnie dostępnej formie. W szczególności poprzez załączenie zobowiązania o zachowaniu poufności pomiędzy Przystępującym a jego kontrahentem, indywidualnych zobowiązań o zachowaniu poufności, ukazania warunków współpracy (w tym kar umownych) wykazane zostało, że zastrzeżone przez Przystępującego informacje są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa zarówno przez kontrahentów, jak też w ramach jego organizacji wewnętrznej i nie są łatwo dostępne dla innych osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji. Dodatkowo, okoliczności te zostały w szczególności opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący wskazał ponadto na subiektywizm Odwołującego. Zaznaczył, że przedstawione uzasadnienie Przystępującego, w tym w świetle dowodów i złożonych oświadczeń, jest obiektywne, weryfikowalne i wiarygodne. W jego treści przedstawiono poszczególne elementy składające się na wartość gospodarczą oraz potwierdzające poufność informacji. Jednocześnie przedłożono dowody na potwierdzenie oraz złożono oświadczenia co do podejmowanych działań, które to również stanowią formę wykazania. Zamawiający prawidłowo nie ujawnił przedmiotowych informacji, które to stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący powołał się na orzecznictwo i podniósł, że Odwołujący buduje swoją argumentację w oparciu o wybiórcze fragmenty uzasadniania, de facto pomijając szczególnie istotne części, tj. odnoszące się do opisów działań podejmowanych przez Przystępującego, złożonych przez niego oświadczeń, przedkładanych dokumentów i odniesień do ich treści. Zaskakujące jest przy tym kwestionowanie przywoływania orzecznictwa Izby, gdy jak sam Odwołujący stwierdził – stanowi ono wskazówkę dla wykonawców.

W dalszej części pisma odniesiono się do zarzutów ewentualnych, dotyczących zaniechania odrzuceniu oferty Przystępującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BUDIa - Standard Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Oleśnicy, B.-DROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łubowie oraz T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą B. Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B. z siedzibą w Rudnikach.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu i który kwestionuje czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny wraz z załącznikami złożone przez Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. pisma GDDKiA Oddział w Poznaniu z dnia 21 kwietnia 2023 r. w postępowaniu pn. „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu”, wyciągu z odwołania Przystępującego w sprawie KIO 623/23, na okoliczności wskazane przez Odwołującego, wynikające z treści dokumentów, a także z dokumentów złożonych przez Przystępującego w postaci kompilacji dokumentów z postępowań „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych (...) na odcinkach administrowanych przez Rejon w Kaliszu” oraz „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych (...) na odcinkach administrowanych przez Rejon Radomsko” – wyciąg z wezwań Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z dnia 23 grudnia 2022 r. oraz wyciąg z informacji o wyborze oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 2 maja 2022 r., a także umowy konsorcjum, na okoliczności wskazane przez Przystępującego, wynikające z treści dokumentów.

Izba nie dokonywała oceny złożonych przez Odwołującego na rozprawie dokumentów uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej, tj. zestawienia cen pozycji kosztorysu TER w ramach realizowanych umów na utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Łodzi Rejon w Piotrkowie Trybunalskim, Rejon w Wieluniu oraz informacji

mailowa dotyczącej Rejonu w Opocznie, ponieważ dotyczyły one zarzutów wiążących się z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego (zarzuty nr 3, 4 i 5 odwołania), które nie podlegały rozpoznaniu. Z analogicznych względów Izba nie oceniała dowodów z załączonych do pisma Przystępującego umów dotyczących utrzymania dróg na terenie Rejonu w Gnieźnie, Koninie, Środzie Wielkopolskiej i Lesznie.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi Rejon w Sieradzu na drogach krajowych nr 12 od km 295+747 do km 324+692; 83 od km 25+668 do km 60+063; 72 od km 46+942 do km 95+297; 72 (71) od km 22+079 do km 23+310, obejmujące usługi i roboty budowlane z zakresu bieżącego utrzymania dróg (BUD), zimowego utrzymania dróg (ZUD) oraz bieżącego utrzymania czystości na obiektach inżynierskich (BUM).

Zgodnie z pkt 17.1 SWZ Tom I – IDW cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularze cenowe zamieszczone w Tomie IV SWZ, na które składają się m.in. w zakresie zamówienia podstawowego - Załącznik nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, Zbiorcze Zestawienie Kosztów: „Tabela Elementów Rozliczeniowych GRUPA PRAC NR 1 - Nawierzchnia” (...). Zgodnie z pkt 17.4 Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tym formularzu. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić wszystkie pozycje opisane w Formularzu cenowym. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularza cenowego i Tabel. Tam, gdzie to wskazano w Tabelach, cena za wykonanie wskazanych zakresów zamówienia nie może przekroczyć określonych przez Zamawiającego limitów. W pkt 17. 5 wskazano, iż każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzu cenowym. Z kolei zgodnie z pkt 17.6 dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienia kosztów składowych. Wykonawcy winni wypełnić m.in. pozycje kosztorysu Tabeli Elementów Rozliczeniowych Grupa Prac nr 1 – Nawierzchnia, w tym Pozycja 10.1 – Wykonywanie warstwy ścieralnej ze Slurry Seal, Pozycja 17.1 – Wzmocnienie nawierzchni siatką stalową z warstwą klejącą Slurry Seal na bazie modyfikowanej emulsji bitumicznej, Pozycja 18.2 – Naprawa wgłębna przełomów typu ciężkiego – wykonanie nowej konstrukcji nawierzchni w miejscu występowania przełomu

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego. Zgodnie z szacunkiem Zamawiającego, pozycja 10.1 wynosiła 41,78 zł, pozycja 17.1 wynosiła 42,22 zł

zł, a pozycja 18.2 wynosiła 696,13 zł. Przystępujący zaoferował dla pozycji 10.1 - 18 zł, pozycji 17.1 - 12 zł, a dla pozycji 18.2 - 15 zł. Odwołujący zaś zaoferował dla pozycji 10.1 – 40,80 zł, pozycji 17.1 – 57,71 zł, a dla pozycji 18.2 – 603,45 zł.

W dniu 23 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 17 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 300/23, nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie, w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych dotyczących pozycji nr 10.1, 17.1 oraz 18.2 znajdujących się w Grupie prac nr 1 – Nawierzchnia ujętych w Tabeli

Elementów Rozliczeniowych, jako tych które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.

Wykonując powyższy wyrok Zamawiający pismem z dnia 17 marca 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do udzielenia wyjaśnień dotyczących jej elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Zamawiający wezwał do złożenia przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień (wraz z dowodami) elementów, jakie Wykonawca wziął pod uwagę przy kalkulacji cen podanych w Formularzu cenowym (Tabel Elementów Rozliczeniowych – TER) dla zamówienia, a także wyliczeń lub kalkulacji cenowych przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanych cen jednostkowych, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający wezwał do złożenia szczegółowych wyjaśnień elementów, jakie Wykonawca wziął pod uwagę przy kalkulacji cen dla niżej wymienionych pozycji TER dla grupy prac nr 1: 10.1, 17.1, 18.2. Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający żąda szczegółowych wyjaśnień w zakresie: - kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; - kosztów wynikających z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności: - zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; - wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków

dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; - oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; - zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; - zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska; - wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający dokonując oceny weźmie również pod uwagę wszelkie inne czynniki, wpływające na wysokość ceny oferty, które wskaże Wykonawca, jeżeli będą zgodne z prawem oraz nie zakłócają uczciwej konkurencji. W związku z powyższym, w celu umożliwienia Zamawiającemu dokonania oceny zaoferowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej, Zamawiający poprosił o szczegółowe wyjaśnienie (wraz z dowodami) wskazanych pozycji kosztorysowych jakie obiektywne czynniki spowodowały obniżenie ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona, jednocześnie Wykonawca powinien wykazać jakie indywidualne możliwości i okoliczności, dostępne i właściwe tylko dla Wykonawcy przy realizacji tego zamówienia, umożliwiły obniżenie ceny oferty. Podsumowując, Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów składowych oferty, mających wpływ na wysokość wyceny, w szczególności wskazania argumentów potwierdzających realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny, wraz ze wskazaniem, czy Wykonawca przewiduje wykonanie zamówienia bez poniesienia strat finansowych oraz bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Poprosił o przesłanie wszelkich informacji oraz dowodów, które Wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej.

Przystępujący w odpowiedzi na to wezwanie pismem z dnia 27 marca 2023 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał (część jawna):

„Przedmiotowe wyjaśnienia zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, o posiadające wartość gospodarczą, mające w szczególności charakter organizacyjny i techniczny. Stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), dalej jako „u.z.n.k.”. Wobec powyższego, na zasadzie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „p.z.p.”, zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa: 1) Szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy – w szczególności w zakresie poszczególnych cen jednostkowych ujętych w treści przedmiotowych Wyjaśnień (Grupa prac nr 1 Nawierzchnia: pozycje 10.1; 17.1; 18.2 TER 1 kosztorysu), w tym: - wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze

dotyczące danej pozycji TER 1 – w tym poszczególne koszty, stosowane marże, narzuty i założenia (m.in. ilościowe, powierzchniowe), dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, sprzętu; - poszczególne elementy założeń; 2) Informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, stosowanej metodologii i warunków współpracy z kontrahentami na rynku, według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy -wycena oraz przyjęty model kalkulacji (określony w pkt 1) odnosi się do tych informacji dotyczących kosztów ponoszonych przez Wykonawcę i jego metodologii, jak również informacji odnoszących się do kontaktów z kontrahentami; 3) Informacje odnoszące się do warunków współpracy z innymi kontrahentami (w tym wynikające z załączników), według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy – wycena oraz model kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych (określona w pkt 1) przyjęty przez Wykonawcę opiera się na wyliczeniach zawartych w tych umowach; 4) Informacje zawarte w dokumentach od kontrahentów (w tym oferty kontrahentów, umowy podwykonawcze), w tym dane o kontrahentach oraz warunki i charakter współpracy; - zakreślone na szaro (w przedmiotowy sposób) w treści Wyjaśnień oraz załączników. Z kolei nie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa następujące informacje: 1) przywołane stanowiska doktryny i judykatury; 2) stanowisko Spółki w zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazuje się, że takie informacje mogą z powodzeniem zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa na etapie składania przez wykonawcę wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny jego oferty.

Szkoda w związku z ujawnieniem metodologii, cen jednostkowych i porozumienia w zakresie istotnych warunków umów,

wynosi co najmniej: 1) 10.000 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) za każde naruszenie związane z ujawnianiem informacji dotyczących podstaw wyliczeń innym podmiotom aniżeli zobowiązanym umownie lub ustawowo do przestrzegania tej informacji gospodarczej) w związku z zawartymi Umowami z kontrahentami; 2) 12.600 zł (słownie: dwanaście tysięcy sześćset) tytułem wstępnych

kosztów związanych z zawarciem umowy z kontrahentem, uzyskaniem z tego tytułu stałej umowy o współpracy i składających się na tym kosztów pracy pracowników podczas zawierania umowy i negocjacji; 3) 300.000 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych) dla każdego realizowanego kontraktu – za każde naruszenie związane z ujawnianiem informacji o kanale dystrybucji, z uwagi na brak znajomości danych informacji przez inne podmioty; różnicy kosztów i nakładów, a także zysku w przypadku konieczności zawarcia umów z innymi kontrahentami, które wyceniane są na kwotę stanowiącą iloczyn kwot jednostkowych zafakturowanych odbiorcy końcowego, na podstawie cen jednostkowych wynikających z oferty podwykonawcy/usługodawcy, a kwotą, którą bez upustów i rabatów określonych w Umowach z kontrahentami Wykonawca – szacowana wartość szkody to od 5.000 zł do miliona złotych. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu, o czym w piśmie stanowiącym 30

Załącznik do niniejszych wyjaśnień.” Dalej nastąpiła treść wyjaśnień dotyczących ceny objęta tajemnicą przedsiębiorstwa w całości.

Do wyjaśnień załączono Załącznik nr 1 – Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (dokument jawny). Na jego wstępie wskazano analogiczne informacje, jak w jawnej części wyjaśnień, przywołane w akapicie pierwszym powyżej. Następnie wskazano, co następuje:

„Informacje objęte „tajemnicą przedsiębiorstwa” zawierają szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty (w szczególności wskazują na sposób kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych), zasady kalkulacji kosztów, metodologię, nazewnictwo, podejmowaną współpracę z podmiotami trzecimi czy też informację o dostępnych Spółce cenach zakupu usług, materiałów – a co składa się na strategię działania Wykonawcy. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu – na co poniżej wskazano. Ujawnienie zastrzeżonych informacji wpłynęłoby negatywnie na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami – ułatwiając konkurentom rywalizację ze Wykonawcą w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca podkreśla, że informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem zawierają w szczególności dane, które ukazują szczegółowy sposób kalkulacji danych cen jednostkowych w oparciu o wieloletnie doświadczenie i praktykę, obrazują kontrahentów oraz warunki współpracy. Informacje te dotyczą wypracowanej metodologii w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, których to ujawnienie narazi na szkodę i będzie mogło doprowadzić do naruszenia pozycji Wykonawcy na rynku. Zawarcie w Wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów odnoszących się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, ujawnia wykorzystywane przez Wykonawcę strategię budowania ceny ofertowej oraz strategię organizacji – minimalizujące koszty wykonywania usług i robót, a przez to wpływające na konkurencyjność Wykonawcy. Ekonomiczna wartość niniejszych informacji wynika z faktu, że zawierają one, przede wszystkim szczegółową kalkulację ceny ofertowej we wskazanych przez Zamawiającego cenach jednostkowych pozycji – ukazując poszczególne elementy cenotwórcze i stosowaną metodologię. W obecnych realiach rynkowych, przy zacieklej rywalizacji wykonawców o zamówienia, doświadczeni wykonawcy – tacy jak członkowie Konsorcjum, wypracowali takie strategie ubiegania się o zamówienia publiczne, które pozwalają im na złożenie atrakcyjnych ofert, przy jednoczesnym ograniczeniu do minimum wszelkich związanych z tym kosztów i ryzyka. Informacje te pozwalają na prześledzenie strategii budowania przez Konsorcjum ceny ofertowej, przedstawiając sposób wyceny ryzyka związanego z realizacją zamówienia (a co świadczy o ich organizacyjnym charakterze i może zostać wykorzystane przez konkurentów, również w innych postępowaniach). Zastrzeżone informacje zawierają metody kalkulacji ceny jak i konkretne dane cenotwórcze -

które to zostają przedstawione przez Konsorcjum na żądanie Zamawiającego. Informacje te stanowią jednak tajemnice przedsiębiorstwa, co rodzi konieczność objęcia ich przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami również tymi uczestniczącymi w przetargu. W tym duchu wypowiedziała się przykładowo Izba w wyroku z 30 marca 2018 r., KIO 496/18, wskazując na możliwość uznania kalkulacji cenowej za tajemnicę przedsiębiorstwa². W kontekście szczegółowych kalkulacji w orzecznictwie wyraźnie wskazuje się na ich wartość, zaznaczając możliwość ich zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Gdyby ustawodawca chciał objąć zakazem zastrzeżenia także szczegółową kalkulację ceny, to w art. 8 ust. 3 p.z.p. wprowadziłby takie wyłączenie, podobnie jak to uczynił w stosunku do informacji określonych w art. 86 ust. 4 p.z.p. (wyrok KIO z 10.04.2018 r., KIO 570/18, LEX nr 2515221).

Ponadto, Wykonawca zawarł również w przedstawionych wyjaśnieniach informacje składające się na strategię i podejmowane działania w ramach współpracy z innymi podmiotami, które to ukazują w szczególności dane identyfikujące te podmioty, sposób współpracy, oferowane ceny, wynegocjowane warunki oraz inne informacje, które to łączą Wykonawcę z innym podmiotem na rynku. Przy czym podkreślić trzeba, że Wykonawca – jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem, z wypracowanymi kontaktami na rynku i wynegocjowanymi warunkami współpracy – zwraca szczególną uwagę na konieczność zachowania tych informacji jako zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa. Umowy z takimi podmiotami (podmiotami prywatnymi) czy też składane przez nich oferty nie mają przymiotu jawności. Informacje o portfelu kontrahentów spoza sektora publicznego oraz o warunkach współpracy posiadają wartość gospodarczą uzasadniającą ich ochronę, w szczególności z uwagi na pozycję Wykonawcy na rynku. Z uwagi na brak znajomości przez inne podmioty informacji o kanałach dystrybucji – które to Wykonawca wypracował w trakcie wieloletniej praktyki z określonym kontrahentem i współpracy w ramach realizacji podobnych kontraktów, dane informacje w szczególności wpływają na jego pozycję na rynku. I tak, Wykonawca podkreśla, że posiadane przez niego informacje o kanale dystrybucji stanowią szczególną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie łączy się ze stratą na poziomie co najmniej 300 000,00 zł – dla każdego realizowanego kontraktu. Izba w wyroku z 27 stycznia 2015 r., KIO

54/15 wskazała, że żaden przepis prawa nie obowiązuje stron stosunku z podmiotem prywatnym do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Częstą praktyką przy zawieraniu tego typu umów jest bowiem zastrzeżenie przez strony tychże umów poufności wszelkich informacji w nich zawartych – tak ma to miejsce w przypadku Wykonawcy i jego kontrahentów (zob. również pkt 2 i załączniki). Izba podkreśla, że tego typu informacje w postaci umów z podmiotami prywatnymi czy otrzymywanymi ofertami są bowiem informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku - brak jest

więc podstaw do ich odtajnienia. Podobnie w wyroku KIO z 31.03.2021 r., KIO 595/213. Co więcej, zastrzeżone informacje mają szczególne znaczenie również z uwagi na długotrwałość współpracy Wykonawcy z kontrahentami. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że inna jest wartość informacji dotyczącej współpracy podejmowanej po raz pierwszy, a inna stałej współpracy (wyrok KIO z 6.04.2022 r., KIO 759/22)

Nadto, już w tym miejscu Wykonawca wskazuje, że wewnątrz działalności funkcjonuje określony model dotyczący współpracy z innymi podmiotami, określający w szczególności zasady prowadzenia negocjacji, składania i przyjmowania ofert – co reguluje dołączony do Wyjaśnień Regulamin kontraktowania, stanowiący Załącznik nr 1. Jego treść określa zasady prowadzenia negocjacji przez osoby występujące w imieniu Wykonawcy oraz zawierania umów z kontrahentami – ukazując opracowany model działania, w tym sposób współpracy, metody wyboru kontrahentów czy same nakłady przeznaczane na prowadzenie negocjacji. Został on opracowany na podstawie wieloletniego doświadczenia i znalazł również zastosowanie przy opracowywaniu kalkulacji czy poszukiwaniu kontrahentów na potrzeby opracowania oferty w niniejszym postępowaniu. Dowód: Regulamin kontraktowania. Wykonawca zawarł umowy, które nakładają obowiązek zachowania poufności. Przedmiotowy obowiązek nabiera szczególnego znaczenia w kontekście wynegocjowanych warunków współpracy i składanych ofert, które Wykonawca jest w stanie pozyskać dzięki swojemu wieloletniemu doświadczeniu i pozycji na rynku (co potwierdza również wartość gospodarczą). Umowy z kontrahentami zawierają zapisy dotyczące modelu wynagrodzeń, zostały wypracowane na podstawie rokowań oraz synergii wypracowanej podczas wzajemnej wieloletniej współpracy. Zastrzeżenie możliwości umów w której Wykonawca wraz z jego podwykonawcą została potwierdzona przez wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt C-54/21, który wskazał, że nie można wykluczyć konieczności odmowy dostępu do dotyczących tych zobowiązań danych identyfikacyjnych na podstawie zakazu ujawniania, o którym mowa w art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24, ani możliwości takiej odmowy na podstawie art. 55 ust. 3 tej dyrektywy. Utrata przedmiotowych informacji przez Spółkę rodzi zagrożenie wykorzystania ich przez konkurentów w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji Spółki na rynku. Składają się one na strategię w ramach współpracy z innymi podmiotami, umożliwiające prześledzenie kontaktów biznesowych Wykonawcy. Jednocześnie już w tym miejscu Wykonawca wskazuje, że dochowuje on w stosunku do takich dokumentów szczególnych warunków poufności (o czym w pkt 2). Pracownicy, którzy mają wiedzę o ofertach podwykonawców, podpisali zobowiązanie do zachowania poufności. Ponadto oferty podwykonawców są przechowywane w określonym miejscu na serwerze i zabezpieczone hasłem, w firmie zaś np. obowiązuje polityka zachowania poufności, a pracownicy są z niej systematycznie szkoleni.

Podsumowując, podkreślić trzeba, że informacje przedstawione przez wykonawcę obrazują know-how i metodologię Wykonawcy, a przez co ujawnienie zastrzeżonych informacji pozwoliłoby na dotarcie przez konkurentów na rynku do wiedzy i sposobu osiągania określonego rezultatu i prowadzenia działalności Wykonawcy, a co dla Wykonawcy stanowi szczególną wartość gospodarczą – budującą jego pozycję na rynku. Także należy tu zauważyć, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. – określająca minimalny standard ochrony dla wskazanych informacji poufnych – jako przedmiot „tajemnicy przedsiębiorstwa” traktuje tajemnicę handlową i know-how. W nawiązaniu do powyższego Wykonawca wskazuje, że dopuszczalność zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przy tym wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. Tytułem przykładu można podać wyrok KIO z dnia 31.08.2018 r., KIO 1618/18, w którym wyjaśniono, że nie budzi zaś wątpliwości Izby, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawiioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności finny na danym rynku. Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17.06.2019 r., XXIII Ga 148/19 doprecyzowano tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być objęte kalkulacje ceny ofertowej (sposób kalkulacji, przyjęte kwoty, źródła dostaw, ceny intonacje o podwykonawcach, ceny ofert na wykonanie robót podwykonawczych, rozwiązania organizacyjne i zasady współpracy w ramach danej grupy, a także sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków, to bowiem stanowi zbiór danych dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej, stanowiąc know-how przedsiębiorcy, wpływający na sposób budowania jego oferty. Dane te mają zatem dla wykonawcy wartość gospodarczą, pozwalającą na utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży.

I tak, ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji – w szczególności co do sposobu kalkulacji ceny jednostkowej wskazanych pozycji, szczegółowych kosztów, informacji o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowym i organizacyjnym (oferty podwykonawców, umowy o współpracy) – posiadają wymierną wartość gospodarczą, a dalej mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Kolejno, odnosząc się do poszczególnych informacji zastrzeżonych w treści wyjaśnień – wskazując na ich wartość gospodarczą – podkreślić trzeba, że na całościowy know-how Wykonawcy składają się w szczególności informacje o charakterze organizacyjnym, technicznym i technologicznym, które obejmują doświadczenie i wiadomości przydatne do konkurowania przez Wykonawcę na rynku. Sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych – tak również 34

na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego – stanowią indywidualny dorobek handlowy Wykonawcy. Opiera on się na zwartych z kontrahentami, dołączonych umowach, wypracowanych warunkach współpracy – zarówno pod kątem oferowanych cen, przedmiotu ofert jak i warunków dochowania poufności, wieloletnim doświadczeniu Wykonawcy i

zaangażowania specjalistów (pracowników). Posiadana przez członków Konsorcjum wiedza i doświadczenie, pozwala na czynienie stosownych założeń – w tym elementy podlegające uwzględnieniu przy konkretnej analizie kosztu składającego się na daną cenę jednostkową, tj. zastosowane poszczególne ceny czy robociznogi.

Przedłożona do Wyjaśnień kalkulacja kosztów i przyjęta metodologia w postępowaniu została sporządzona indywidualnie dla danego kontraktu – w oparciu o metodologię budowania cen wypracowanej przez Wykonawcę oraz na podstawie negocjacji, umów zawartych z kontrahentami i otrzymanych ofert, a szereg czynników jest wynikiem powiązań i rozliczeń ekonomiczno-finansowych wynikających z planowania i dywersyfikacji działalności Spółki – a co stanowi istotne informacje gospodarcze i handlowe. Została ona opracowana na podstawie cen i założeń stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wynikającą z ofert złożonych w toku postępowania i tak, Wykonawca szacuje, że na sporządzenie oferty na potrzeby niniejszego postępowania wiązało się ze znacznymi nakładami. W związku z przygotowaniem szczegółowej kalkulacji, nazewnictwa, opracowaniem metodologii do danego zamówienia, w ramach działalności pracy Wykonawcy, pracownicy poświęcili około 50 roboczogodzin – na co składało się w szczególności: wypracowanie przez Spółkę i dostosowanie do danego zamówienia założeń początkowych, a które to umożliwiają obniżenie kosztów (wykorzystaniu skali w jakiej świadczymy usługi; ocena i wyliczenie poszczególnych założeń do kalkulacji przez pracowników Spółki, w szczególności co do: założenia ilościowe, powierzchniowe; poszczególne ceny jednostkowe; założenia co do możliwości wykorzystania sprzętu własnego; koszty pracy (ilość, stawka roboczogodzin); uwzględnienie konieczności transportu; wyliczenia w ramach poszczególnych grup prac co do sumarycznych kosztów i zysku; poszukiwanie i prowadzenie negocjacji (zgodnie z Regulaminem kontraktowania) z podmiotami trzecimi (podwykonawcami), pozyskanie wiążących ofert, zawarcie umów z Kontrahentami.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca jedynie szacunkowo wskazuje, iż powyższe czynności, związane z przygotowaniem kalkulacji i opracowaniem informacji – zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, mogą oscylować w kwocie 10.000 zł. Na gruncie powyższego można wskazać w ślad za Izbą, że sposób kalkulacji ceny odzwierciedla de facto konkretne „zasoby” przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku. Jednocześnie Wykonawca podkreśla, że opracowanie oferty, w tym kalkulacje w ramach poszczególnych cen jednostkowych, było możliwe dzięki długoletniemu doświadczeniu Spółki i wypracowanej pozycji na rynku, które stanowi w istocie trudną do 35

wycenienia wartość. W sytuacji ujawnienia informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, konkurenci będą mogli wykorzystać zawartą w nich wiedzę, na którą to Wykonawca pracował wiele lat, działając na rynku. Straty z tym związane są pewne i ujęte tylko jako suma kar i kosztów zawarcia umowy wynoszą 14.600 zł. Dodatkowo na stratę składają się utracone korzyści w związku z ewentualnym rozwiązaniem umowy przez Kontrahenta, które wynoszą co najmniej 10% względem cen wyjściowych. Szkoda w związku z ujawnieniem metodologii, cen jednostkowych i porozumienia w zakresie istotnych warunków umów, wynosi co najmniej: 1) 10.000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) za każde naruszenie związane z ujawnianiem informacji dotyczących podstaw wyliczeń innym podmiotom aniżeli zobowiązanym umownie lub ustawowo do przestrzegania tej informacji gospodarczej) w związku z zawartymi Umowami z kontrahentami; 2) 12.600 zł (słownie: dwanaście tysięcy sześćset) tytułem wstępnych kosztów związanych z zawarciem umowy z kontrahentem, uzyskaniem z tego tytułu stałej umowy o współpracy i składających się na tym kosztów pracy pracowników podczas zawierania umowy i negocjacji; 3) 300 000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy złotych) dla każdego realizowanego kontraktu – za każde naruszenie związane z ujawnieniem informacji o kanale dystrybucji, z uwagi na brak znajomości danych informacji przez inne podmioty; 4) różnicy kosztów i nakładów, a także zysku w przypadku konieczności zawarcia umów z innymi kontrahentami, które wyceniane są na kwotę stanowiącą iloczyn kwot jednostkowych zafakturowanych odbiorcy końcowego, na podstawie cen jednostkowych wynikających z oferty podwykonawcy/usługodawcy, a kwotą, którą bez upustów i rabatów określonych w Umowach z kontrahentami Wykonawca – szacowana wartość szkody to od 5.000 zł do miliona złotych.

Niemniej jednak, podkreślić trzeba, że nie są możliwe do przewidzenia wszystkie skutki, jakie może ze sobą nieść ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym – trudno jest wskazać konkretną wartość (a co za tym idzie rozmiar szkody), jaką przedstawiają dla Wykonawcy informacje zastrzeżone. Każde ujawnienie informacji to koszt nie mniejszy niż 2.000 zł, przy czym każda ze Stron może od Strony naruszającej zasady poufności dochodzić naprawy szkody na zasadach ogólnych. W piśmiennictwie podkreśla się, że zastrzegający nie jest zobowiązany do wskazywania kwoty konkretnej wartości możliwej szkody. Przepis art. 11 ust. 2 z.n.k.u. stanowi, że ochrona dotyczy tylko takich poufnych informacji, które posiadają wartość gospodarczą. Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Nadto, podaje się, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019).

Resumując, ujawnienie zastrzeżonych informacji rodzi realne zagrożenie dla sytuacji Wykonawcy na rynku poprzez naruszenie jej relacji z podmiotami konkurencyjnymi (polegające m.in. na ułatwieniu konkurentom przewidzenia poziomu ceny w innych postępowaniach, poznania szeroko pojętego know-how, strategii w ramach współpracy z podmiotami trzecimi), a co za tym idzie może prowadzić do naruszenia chronionych interesów i narażenia na szkodę. Co więcej, dodatkowe skutki, jakie może pociągać za sobą udostępnienie przedmiotowych informacji innym podmiotom (w tym konkurentom), są trudne do przewidzenia. W szczególności zawarcie w wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów odnoszących się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i współpracy z podmiotami trzecimi, ujawnia wykorzystywane przez Wykonawcę strategię budowania ceny ofertowej. Powyższe jednoznacznie potwierdza wartość gospodarczą informacji ujętych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Wykonawcę. Informacje te przedstawiają samodzielną wartość handlową, w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przed ich bezprawnym ujawnieniem.

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje ujęte jako „tajemnica przedsiębiorstwa” zawarte w przedkładanych

Wyjaśnieniach i załącznikach, nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a członkowie Konsorcjum podjęli odpowiednie kroki zmierzające do zachowania tych informacji w tajemnicy. Po pierwsze, członkowie Konsorcjum podkreślają, że ograniczona liczba pracowników ma dostęp do przedmiotowych informacji – a o czym świadczą przede wszystkim ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych. Polegają one m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. System plików elektronicznych oparty jest o bazy danych – zainstalowane oprogramowanie umożliwia podgląd i edycję plików dokumentacji tylko zalogowanym użytkownikom. Login oraz hasło są autoryzowane przez Zarząd, podobnej autoryzacji wymaga dostęp poszczególnych pracowników. Każdy użytkownik posiada indywidualny login oraz hasło, a dostęp do dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest zróżnicowany w zależności od zajmowanego stanowiska. Dane do logowania do poszczególnych kont posiada tylko pracownik, do którego przypisane jest określone konto. Dodatkowo, obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy ujęte są również w zawartych z nimi umowach oraz w treści obowiązującego w Regulaminu Pracy (załącznik nr 2). Jednym z obowiązków pracowniczych jest dbanie o dobro zakładu pracy, jego mienie i interesy ekonomiczne, jak również zachowywanie w tajemnicy informacji dotyczących zakładu pracy, stosowanych technologii, wyników ekonomicznych, zatrudnionych pracowników itp. Z kolei na zasadzie § 14 ust. 10 przywołanego Regulaminu, każdy pracownik jest zobowiązany do zachowania poufności wszystkich dostępnych informacji, w tym m.in. informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Pracodawcy, do 37

których pracownik ma dostęp z tytułu wykonywania obowiązków służbowych (zarówno w czasie trwania umowy o pracę jak i po jej wygaśnięciu). Biorąc pod uwagę zakres zastrzeżonej tajemnicy w Wyjaśnieniach, szczególnie istotne jest tutaj wskazanie wprost na informacje o charakterze organizacyjnym (m.in.: poufne informacje o kontrahentach, wszelkie informacje co do podpisanych przez Spółkę z kontrahentami umów oraz ich wykonywania, w tym np. informacje określające strony umowy, przedmiot umowy i sposób wykonania umowy oraz należne wynagrodzenie, tajemnice handlowe, strategie biznesowe, kontakty handlowe, bazy danych kontrahentów, spisy kontrahentów oraz szczegóły umów z nimi zawartych oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą). Dowód: Regulamin Pracy.

Po drugie, dokumentacja zawierająca niniejsze informacje handlowe jest przechowywana w formie papierowej i zabezpieczona jest w zamykanych na klucz szafach lub sejfach, bądź w formie elektronicznej i wówczas zabezpieczona jest na serwerze firmowym. Budynek, w którym znajdują się dokumenty objęte jest systemem alarmowym, monitoringiem i zdalną ochroną. Wykonawca prowadzi monitoring wizyjny, m.in. właśnie w celach zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, której ujawnienie mogłoby narazić Wykonawcę na szkodę. Po trzecie, u Wykonawcy funkcjonuje Polityka bezpieczeństwa wraz z załącznikami i Instrukcją zarządzania zasobami informatycznymi oraz dokumentami powiązanymi, która stanowi „Dokumentację przetwarzania danych osobowych”, która to określa zasady przetwarzania danych osobowych i sposób ich ochrony z użyciem adekwatnych środków technicznych, organizacyjnych oraz procedur bezpieczeństwa – w celu zabezpieczenia ich przed dostępem osób nieupoważnionych lub ich nieupoważnionym wykorzystaniem. Zakres stosowania niniejszej Polityki obejmuje wszystkie dane osobowe przetwarzane przez Wykonawcę w związku z prowadzoną działalnością, w jakiegokolwiek formie, zarówno elektronicznej, jak i papierowej. Zapewnienie bezpieczeństwa danych dotyczy każdego etapu przetwarzania informacji, a zatem ich zbierania, utrwalania, organizowania, porządkowania, przechowywania, adaptowania lub modyfikowania, pobierania, przeglądania, wykorzystywania, ujawniania poprzez przesłanie, rozpowszechniania lub innego rodzaju udostępniania, dopasowywania lub łączenia, ograniczania, usuwania lub niszczenia. Dowód: Polityka bezpieczeństwa. Nadto,

Wykonawca każdorazowo poddaje analizie ryzyka pod kątem czynności przetwarzania udostępnionych informacji i wdrożonych środków bezpieczeństwa. Na podstawie

przeprowadzonej analizy ryzyka, wdraża się odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, w celu zapewnienia ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Oceniając, czy stopień bezpieczeństwa wdrożonych środków jest odpowiedni, Wykonawca ma na względzie ryzyko związane z przetwarzaniem, w szczególności wynikające z przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utraty, modyfikacji, nieuprawnionego ujawnienia lub 38

nieuprawnionego dostępu do poufnych danych. Co więcej, w przypadku pojawienia się takiej potrzeby, przyjęte środki bezpieczeństwa są uaktualniane.

Po czwarte, podkreślić również trzeba, że bezpieczeństwo we współpracy z podmiotami zewnętrznymi zapewniane jest poprzez zawarcie odpowiednich klauzul dotyczących poufności informacji – w umowach lub w innych aktach prawnych. Wykonawca korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów, które dają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków ochrony o charakterze technicznym i organizacyjnym, by w odpowiedni sposób chronić przekazywane informacje. Nadto, przy podejmowaniu współpracy z podmiotami trzecimi, Wykonawca zawiera z takim partnerem umowę, w której to taki podmiot zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy informacji poufnych – które to obejmują w szczególności know-how, projektów, specyfikacji, dokumentów, danych stanowiących tajemnicę prawnie chronioną, które obejmują w szczególności dane osobowe klientów oraz dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Przedmiotowy wzór takiej umowy stanowi Załącznik nr 4. Zasady i postanowienia w Polityce Bezpieczeństwa zostały zaakceptowane przez jej Kontrahentów. Nadto, Wykonawca dołącza również przedmiotowy dokument w odniesieniu do kontrahentów składających przedłożone oferty. W związku z podejmowaną współpracą, partner jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich materiałów, dokumentów oraz informacji, w szczególności technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych. Wobec tego nie ulega wątpliwości, że w zakres takich danych wchodzi również informację ujętą w Wyjaśnieniach jako „tajemnica przedsiębiorstwa”. Dowód: zasady zachowania poufności – wzór obowiązujący w Spółce, zasady zachowania poufności z kontrahentem. I tak, Wykonawca wdrożył procedury wewnętrzne odnoszące się do utrzymania w tajemnicy zastrzeżonych danych, podpisując klauzule poufności z osobami, które uczestniczą w przygotowaniu dokumentów dla celów przetargu, oraz osobami, których dane obejmuje się tajemnicą przedsiębiorstwa. Dostęp do takich informacji chroniony jest odpowiednimi zabezpieczeniami. Wykonawca ma

określoną politykę bezpieczeństwa co do przetwarzania danych. Opisane wyżej zabezpieczenia potwierdzają, że Wykonawca podejmuje odpowiednie działania zmierzające do zachowania informacji w poufności, a co znajduje również potwierdzenie w przedłożonych dokumentach.

Jednocześnie Wykonawca pragnie podkreślić, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane czy też łatwo dostępne dla innych osób. Wykonawca nie upublicznił zastrzeżonych informacji na żadnej stronie internetowej, w materiałach promocyjnych czy w toku innego postępowania – dążąc do zachowania ich w tajemnicy, a o czym świadczą również podjęte działania zmierzające do zachowania informacji w poufności opisane w pkt 2 powyżej. W kontekście przedmiotowej przesłanki szczególnego znaczenia nabierają działania nakierunkowane na brak dostępu do przedmiotowych informacji osób trzecich. Nie powtarzając szerokiego opisu działań ujętych w pkt 2 powyżej, Wykonawca pragnie 39

podkreślić, że również w tym kontekście szczególne znaczenie i wartość ma funkcjonująca Polityka bezpieczeństwa, Regulamin Pracy, jak również zasady zachowania poufności z kontrahentem. Dowód: Polityka bezpieczeństwa, Regulamin Pracy, zasady zachowania poufności z kontrahentem. W tym miejscu można wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r., w którym wskazano, że za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z 7.03.2003 r., I CKN 89/01, LEX nr 583717). Tak więc, a contrario w sytuacji, gdy przedmiotowe dane nie są powszechnie dostępne, jak również nie jest możliwe ich pozyskanie w żadnej powszechnie dostępnej formie, to spełniona została również druga z przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak, z treści zastrzeżonych informacji wynika, iż zawierają one dane organizacyjne, dotyczące tego konkretnego, a więc oferowanego w tym właśnie postępowaniu całorocznego utrzymania dane te istotnie nie są powszechnie dostępne, gdyż nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. na stronie internetowej. Stanowią więc „know-how”, który korzysta z ochrony prawnej wyznaczonej przez przepisy ustawowe, w tym ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odtajnienie zastrzeżonych informacji może dawać szanse na nieuprawnione korzystanie z pomysłu Wykonawcy co do szczegółowego opisu sposobu kalkulacji ceny oferty, jak i składających się na strategię i sposób współpracy, a co potwierdza konieczność ich zachowania jako informacji niejawnych.

Wobec powyższego przedmiotowe informacje stanowią dane poufne, nie są powszechnie znane czy też udostępniane osobą zwykle zajmującym się takim rodzajem informacji. W szczególności z uwagi na fakt, że przedmiotowych danych nie sposób pozyskać w jakiegokolwiek dozwolonym prawem sposobie, Wykonawca wskazuje, że w stosunku do zastrzeżonych informacji spełniona jest również przesłanka braku ich ujawnienia do wiadomości publicznej. Reasumując, biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie oraz przedłożone dokumenty (w tym regulaminy, umowy z kontrahentami), które odnoszą się do zastrzeżonych informacji, nie ulega wątpliwości wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca wskazuje wprost na informacje, jakie zostały zastrzeżone. Zarówno szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych pozycji TER, sposób kalkulacji składający się na metodologię, jak i informacje wraz z warunkami współpracy dotyczące kontrahentów, mają wartość gospodarczą dla wykonawcy – co zostało wyżej wykazane. Nie ulega również wątpliwości fakt, że rzeczywiście umowy z podmiotami trzecimi, w tym kontrahentami (których oferty, kalkulacje zostały zastrzeżone) zawierają klauzule o poufności. Co do wykazania przedmiotowych przesłanek, w piśmiennictwie podaje się, że wykazanie może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym złożenia oświadczenia uzasadniającego dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa lub przedstawienia innych dokumentów (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M.

Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 18). Konsorcjum powyżej przedstawiło obszerne uzasadnienie – podkreślając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie, oprócz powyższej argumentacji, Konsorcjum dołączyło szereg dowodów (w tym: Regulamin kontraktowania; Regulamin Pracy; Polityka bezpieczeństwa Spółki, Umowa Zasady o zachowaniu poufności obowiązująca pracowników) –potwierdzających spełnienie przesłanek. W orzecznictwie Izby podnosi się, że pod pojęciem wykazania, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Podnosi się, że nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (wyrok KIO z 12.05.2017 r., KIO 542/17). Niemniej jednak, Wykonawca przedkłada również dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w danym postępowaniu. U Wykonawcy stosowany jest monitoring oraz ograniczony jest zakres pracowników mających dostęp do takich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne w jakiegokolwiek źródłach dostępnych publicznie, a opisane wyżej działania potwierdzają podejmowanie stosownych działań zmierzających do zachowania informacji w poufności.

Podsumowując powyższe, w sytuacji szczegółowego uzasadnienia zasadności zastrzeżenia przez Spółkę, w tym wskazania zakresu informacji oraz ewentualnych dalszych konsekwencji, przy jednoczesnym przedstawieniu dokumentów, które jednocześnie stanowią element składanych wyjaśnień, nie sposób jest kwestionować braku skutecznego wykazania elementów „tajemnicy przedsiębiorstwa” z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.”

Zamawiający w dniu 6 kwietnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o ponownym wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zamawiający udostępnił Przystępującemu jedynie część wyjaśnień z dnia 27 marca 2023 r., którą Przystępujący oznaczył jako jawną oraz uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (bez załączników).

W dniu 27 kwietnia 2023 r. Zamawiający udostępnił ponadto Przystępującemu część informacji zawartych w dokumentach Regulamin Pracy i Polityka bezpieczeństwa spółki, którą Przystępujący ujawnił w toku postępowania, po wniesieniu odwołania.

lżba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, lżba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

lżba za zasadne uznała zarzuty naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez uznanie, że Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał, że informacje ujęte w wyjaśnieniach odnoszących się do ceny oferty oraz dokumenty mające potwierdzać, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podczas gdy w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazano spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (zarzut nr 1) oraz naruszenia art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 74 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez brak odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych przez Przystępującego informacji (wyjaśnień RNC wraz z wszystkimi załącznikami), mimo takiego obowiązku (art. 74 ustawy Pzp), w sytuacji, w której informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ww. Wykonawca nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (zarzut nr 2), a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości (zarzut nr 6).

Przywołując treść przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono, lżba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., 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. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem lub zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu. Ponadto lżba wskazuje, iż zgodnie z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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.

W rozpoznawanej sprawie lżba oceniła stanowisko Zamawiającego, który uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego w stosunku do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz ich załączników za skuteczne w pełnym wskazanym przez Przystępującego zakresie, jako nieprawidłowe i naruszające zasadę jawności postępowania. Nie budzi wątpliwości, iż jawność postępowania jest jedną z kluczowych zasad systemu zamówień publicznych, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do określonych informacji. Ujawnienie informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem od zasady jawności i nie może być wykładane rozszerzająco. Obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie w sposób należyty skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy.

W ocenie lżby Przystępujący nie dochował należytej staranności, aby zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa te zindywidualizowane informacje, które faktycznie mogłyby taką tajemnicę stanowić. Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd pokreślił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. W rozpoznawanej obecnie przez lżbę sprawie Przystępujący - poza wstępnym (przewodnim) fragmentem wyjaśnień zawierającym jedynie wskazanie, że wyjaśnienia zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (powtórzone następnie w uzasadnieniu zastrzeżenia stanowiącym załącznik nr 1 do wyjaśnień) - utajnił całą dalszą treść wyjaśnień oraz wszystkie załączniki (za wyjątkiem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ale już nie dokumentów załączonych do tego uzasadnienia). Przystępujący utajnił zatem pełną merytoryczną treść wyjaśnień i wszystkie złożone dowody. W tych okolicznościach nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, iż nie zastrzegł on pełnej treści

dokumentów, lecz tylko określone informacje. Faktyczne działanie Przystępującego było sprzeczne z jego własną deklaracją - mimo że we fragmencie przewodnim pisma Przystępujący wylistował zastrzegane informacje i wskazywał na objęcie tajemnicą jedynie fragmentów zakreślonych w odpowiedni sposób, to przekazując Zamawiającemu wersję jawną dokumentów utajnił merytoryczną treść tych dokumentów w całości.

W ocenie lżby takie postępowanie nie zasługuje na aprobatę. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych

interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Gdyby Przystępujący dochował należytej staranności i zastrzegł wyłącznie te informacje, które faktycznie są dla niego wrażliwe (np. wskazywane przez niego warunki handlowe wypracowane z kontrahentem), a Odwołujący poznałby treść wyjaśnień w zakresie wyliczenia spornych pozycji TER oraz załączoną kalkulację, to zapewne nawet nie wniesiono by odwołania na czynność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tych pozostałych informacji. Jak wskazał Sąd Zamówień Publicznych we wspomnianym powyżej wyroku w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 53/21 „w sensie technicznym zawsze jest możliwe zastrzeżenie wyłącznie tych informacji, które faktycznie powinny być poufne, poprzez zachowywanie pełnej jawności zasadniczego wyводу w danym piśmie, zaś obejmowanie tajemnicą przedsiębiorstwa jedynie wyjątkowo wrażliwych danych powoływanych np. jako załączniki do konkretnego pisma i zastrzeganie informacji zawartych wyłącznie w tych załącznikach.” Innym sposobem wydzielenia informacji jest np. wskazywane przez samego Przystępującego zakreślanie (zaciemnianie) określonych wrażliwych informacji. Przystępujący jednak przekazując wersję jawną wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny objął tajemnicą pełną merytoryczną treść tych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, jak i dowody załączone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Działając w ten sposób i przedstawiając do tego relatywnie ogólne uzasadnienie, Przystępujący sam pozbawił się ochrony tych informacji, które mogłyby mieć dla jego przedsiębiorstwa faktycznie znaczenie. Nic nie stało na przeszkodzie, aby tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępujący objął jedynie określone fragmenty wyjaśnień czy załączników zawierające dane w ocenie Przystępującego wrażliwe i dla tych właśnie danych przedstawił konkretne uzasadnienie, czemu nie powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom. Takie działanie pozwoliłoby na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Nie jest bowiem rolą Zamawiającego ustalanie za wykonawcę, na którym ciąży obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, charakteru utajnionych informacji, a także domniemywanie, że za poufną należy uznać daną a nie inną informację, gdy wykonawca zastrzega praktycznie całość

dokumentów. Podkreślić w tym miejscu także należy, iż uprawnienie do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa nie powinno być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a nie sposób oprzeć się wrażeniu, że w przedmiotowej sprawie temu właśnie ono służyło.

Powyższy wniosek potwierdza już sama lektura wyjaśnień wykonawcy z dnia 27 marca 2023 r., w których próżno szukać jakichkolwiek informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, posiadających faktyczną wartość gospodarczą. W wyjaśnieniach tych znajdują się m.in. informacje odnoszące się do przebiegu postępowania, treści wezwania, informacje o relacji ceny oferty do wartości szacunkowej i cen innych ofert, informacje o doświadczeniu Przystępującego, ogólne stwierdzenia o czynnikach sprzyjających Przystępującemu (których opis nie wskazuje na konkretne informacje mogące posiadać wartość gospodarczą), opis działań związanych z realizacją zamówienia wynikających z SST, czy informacje odnoszące się do innych postępowań, w których Przystępujący składał oferty. Iżba nie może odnieść się w tym miejscu w sposób szczegółowy do treści wyjaśnień z uwagi na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, niemniej w oparciu o treść tych wyjaśnień trudno stwierdzić w czym miałyby się przejawiać wartość gospodarczą przedstawionych tam informacji. Nie sposób także pominąć faktu, że w wyjaśnieniach i załączonej do nich kalkulacji zawarto informacje służące wykazaniu rynkowości tylko trzech pozycji cenowych, skalkulowanych na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Trudno tu mówić o ujawnianiu jakiegokolwiek szczegółowej metodologii wyceny czy know-how wykonawcy, informacji o takim ciężarze gatunkowym w wyjaśnieniach Iżba nie odnalazła. Sama kalkulacja, nazwana przez Przystępującego „szczegółowymi wyliczeniami” wskazuje tylko relatywnie ogólne rozbięcie spornych trzech pozycji TER na pewne czynniki cenotwórcze i również nie niesie za sobą informacji, którym można byłoby przypisać wartość gospodarczą, które pozwalałyby na poznanie przez konkurentów Przystępującego jakiegokolwiek unikalnej i jemu tylko właściwej strategii budowania ceny czy metodologii wykonania zamówienia. Przedmiotem zamówienia są usługi utrzymania dróg według standardów wymaganych przez Zamawiającego, które są znane wykonawcom funkcjonującym na rynku usług tego rodzaju. Tymczasem wartość gospodarczą posiada taka informacja, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy. Przystępujący nie wykazał, aby to właśnie tego rodzaju informacje chronił zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, zauważono, iż „przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter

obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakiegokolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią

uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających."

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie w pełni podziela zaprezentowane wyżej stanowisko. Przystępujący całe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oparł jedynie na własnym subiektywnym przekonaniu o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, podczas gdy w orzecznictwie Izby i Sądu Zamówień Publicznych szeroko prezentowany jest pogląd, iż obowiązek „wykazania” wynikający z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia”. W konsekwencji za błędne należy uznać twierdzenie, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę

określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. dotyczącej wartości gospodarczej informacji. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 87/21, „Termin „wykazanie” oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego o spełnieniu przez zastrzegane przez niego informacje warunków utajnienia.” Podobnie wypowiedział się ww. Sąd m.in. w wyroku z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 9/22, wskazując, iż „Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania”, co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” (por. także m.in. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 i z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

Izba zważyła, iż treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej informacji ma charakter gołosłownych zapewnień i ogólnych twierdzeń, podczas gdy obowiązkiem Przystępującego było omówić i wykazać, urealnić tę wartość w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, nie zaś jedynie oświadczyć, że wyjaśnienia wraz z załącznikami taką wartość posiadają. Przystępujący stwierdził, że wszystkie zastrzeżone informacje zawierają dane dotyczące wypracowanej metodologii w związku z prowadzoną działalnością, podczas gdy powinien był te informacje zindywidualizować. Jak już wskazano wcześniej, lektura wyjaśnień pozwala stwierdzić, że informacje tam zawarte nie prezentują żadnej unikalnej strategii wykonawcy, Przystępujący odwołuje się m.in. do własnego doświadczenia, innych postępowań czy posiadanych zasobów, czyli do informacji, które są co do zasady znane wykonawcom działającym na przedmiotowym rynku. Dalej Przystępujący wskazał, iż ekonomiczna wartość zastrzeżonych informacji wynika z tego, że zawierają one szczegółową kalkulację ceny ofertowej w trzech wskazanych pozycjach. Stanowisko Przystępującego jest jednak oparte na błędzie logicznym, wynika z wnioskowania idem per idem - zdaniem Przystępującego

wskazane w wyjaśnieniach elementy cenotwórcze stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ są one szczegółową kalkulacją ceny ofertowej. Słusznie spostrzegł Odwołujący, iż argumentacja Przystępującego sprowadza się do błędnego koła, wartość gospodarcza informacji upatrywana jest bowiem w tym, że stanowią one know-how wykonawcy, które samo w sobie ma wartość gospodarczą. Przystępujący twierdząc, iż zawarcie w wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów ujawnia strategię budowania ceny ofertowej ani nie wskazał, które konkretnie informacje mogłyby taką strategię ujawnić, ani w czym przejawia się ta wyjątkowa, właściwa tylko jemu strategia, jego know-how. O jakiej unikalnej strategii budowania ceny może zaś być mowa w sytuacji, gdy wyjaśnienia dotyczą wyłącznie trzech pozycji TER, skalkulowanych na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem znanych na rynku standardów realizacji usług utrzymania dróg na rzecz Zamawiającego. Bynajmniej odpowiedzi na takie pytanie nie niesie za sobą ani uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego dla zastrzeżenia informacji w poufności, ani wyjaśnienia, ani załączona do nich kalkulacja, która sprowadza się do rozbitcia cenowego znanych Odwołującemu cen jednostkowych każdej z pozycji. Wskazać należy, iż sam sposób wyceny realizacji zamówienia został określony w SWZ oraz w załącznikach do SWZ. Wykonawca miał wskazać w formularzach cenowych ceny jednostkowe poszczególnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Sposób wykonania

zamówienia, w tym wymagań i obowiązujących standardów w zakresie utrzymania dróg został opisany przez Zamawiającego w SWZ, w tym OPZ i załączonych do niego specyfikacjach technicznych. Przystępujący nie wyjaśnił nawet w jaki sposób dokonana przez niego wycena trzech konkretnych pozycji jednostkowych TER dla Grupy prac nr 1 mogłaby być wykorzystana przez innych wykonawców, narażając go na ryzyko poniesienia bliżej określonych strat finansowych. Była to wycena dokonywana pod konkretne uwarunkowania wykonawcy, w tym konkretnym postępowaniu, wobec czego trudno przyjąć, że jej ujawnianie niosłoby dla Przystępującego jakieś ryzyko. Nawet jeśli, to ryzyka tego Przystępujący nie skonkretyzował, podnosząc jedynie lakoniczne hasła o „wykorzystaniu informacji przez konkurentów” i ich „zacieklej konkurencji”. Stawiana przez Przystępującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Stanowisko Przystępującego zostało oparte na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, bez wskazania żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Tymczasem Przystępujący powinien rzeczowo wyjaśnić, w jaki sposób informacje dotyczące skalkulowania trzech podlegających wyjaśnieniu pozycji TER w tym postępowaniu miałyby ujawniać kluczowe informacje dotyczące przyjętej przez niego polityki cenowej i metodologii kalkulacji cen ofertowych.

Przystępujący zamiast powyższe wykazać, to poprzestał na hasłowych zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób weryfikowalne. Jednocześnie na potrzeby odparcia zarzutów 48

dotyczących rażąco niskiej ceny Przystępujący wskazywał na nieistotność trzech kwestionowanych pozycji TER, co przeczy jego tezie o doniosłości metodologii zaprezentowanej w wyjaśnieniach.

Izba zgodziła się ponadto z Odwołującym, że w odniesieniu do charakteru zastrzeganych informacji Przystępujący powołuje się wielokrotnie na te same okoliczności, jedynie zmieniając nazewnictwo i cytując orzecznictwo. Równie ogólnie Przystępujący wskazał na informacje dotyczące współpracy z innymi podmiotami – Przystępujący wskazał jedynie na swoje wieloletnie doświadczenie i bliżej niesprecyzowane informacje o portfelu kontrahentów czy kanałach dystrybucji, które nie korelują z wyjaśnieniami i załączonymi do nich dokumentami. Przystępujący nie wskazał konkretnie, których informacji nie można ujawnić, ponieważ mają szczególną wartość gospodarczą. Przystępujący wskazał, iż „posiadane przez niego informacje o kanale dystrybucji stanowią szczególną wartość gospodarczą, a ich ujawnienie łączy się ze stratą na poziomie co najmniej 300 000 zł dla każdego realizowanego kontraktu,” gdy tymczasem nawet nie wyjaśnił, o jakich kanałach dystrybucji jest tu mowa, o jakich kontraktach, z czego wywodzi tą wartość. Brak jest możliwości odniesienia tych twierdzeń do informacji, które zostały zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień. Zamiast precyzyjnie wyjaśnić powyższe Przystępujący poprzestał na powołaniu się na orzecznictwo Izby referujące do ofert podmiotów trzecich i umów z tymi podmiotami. Ponadto w ocenie Izby nie wiadomo czemu miało służyć powołanie się przez Przystępującego na Regulamin kontraktowania i wypracowany model współpracy z kontrahentami – tego rodzaju okoliczności nie wykazują wartości gospodarczej tych konkretnych informacji, które zostały zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentach dotyczących współpracy ze zindywidualizowanym w wyjaśnieniach podmiotem trzecim, czyli informacji dotyczących konkretnej współpracy, konkretnej oferty podwykonawczej. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ww. Regulamin odnoszą się ogólnie do relacji Przystępującego z jego partnerami biznesowymi, a nie do relacji z podmiotem wskazanym w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Izba nie neguje tego, że w pewnych okolicznościach określone informacje o współpracy z podmiotem prywatnym mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej skuteczność zastrzeżenia warunkowana jest działaniami podjętymi przez podmiot zastrzegający. Nie może być tu mowy o jakimkolwiek automatyzmie, prowadziłoby to bowiem do uznania, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa z samego faktu, że ma określoną treść czy charakter, niezależnie od podjętych przez dysponenta tej informacji działań w celu jej ochrony. Jeżeli Przystępujący chciał zastrzec np. nazwę swojego kontrahenta czy informacje odnoszące się do wynagrodzenia, to wystarczyło utajnić jedynie określone fragmenty dokumentów zawierające

te wrażliwe (zdaniem Przystępującego) dane, a nie pełną treść tych dokumentów. Wówczas Odwołujący nie domagałby się ujawnienia tych informacji, bowiem dysponowałby wystarczającą do wniesienia środka ochrony prawnej wiedzą dotyczącą sposobu skalkulowania spornych pozycji TER. Przystępujący swoim działaniem sam pozbawił się ochrony własnych interesów. Dodać przy tym należy, że Przystępujący nie uwiarygodnił, aby fakt współpracy Przystępującego z kontrahentem wskazanym w wyjaśnieniach nie był znany wykonawcom działającym na rynku tego rodzaju usług. Pominął także okoliczność, że współpraca z tym podmiotem na etapie realizacji umowy, gdyby doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z Przystępującym, byłaby jawna, a dokumenty dotyczące tej współpracy byłyby dostępne jego konkurentom.

Dalsze wywody Przystępującego przedstawione w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące zawierania z kontrahentami umów zobowiązujących do zachowania poufności służyć mogą jedynie wykazaniu okoliczności, że wykonawca podjął działania w celu ochrony informacji, nie zaś wykazaniu wartości gospodarczej tych informacji. Informacja nie zyskuje wartości gospodarczej tylko przez to, że w ocenie danego podmiotu (czy stron umowy) jest ona poufna. Innych zaś okoliczności uzasadniających wartość gospodarczą informacji odnoszących się do współpracy z kontrahentem wskazanych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawarto.

Izba stwierdziła, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez Przystępującego (poza ogólnym powołaniem się w jego treści na kalkulację ceny jednostkowej i warunki współpracy z kontrahentami) nie zostało zindywidualizowane i odniesione do konkretnych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach. Trudno nawet odnieść się do tych ogólnych i ogólnych twierdzeń Przystępującego w sposób merytoryczny. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Przystępujący poprzez odwołanie się do konkretnych stron czy akapitów, uzasadnił wartość gospodarczą konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Tymczasem przedstawione uzasadnienie jest na tyle ogólne, że mogłoby równie dobrze zostać zastosowane do innych postępowań o udzielenie zamówienia, zwłaszcza, że referuje ono ogólnie do kalkulacji ceny ofertowej (a nie kalkulacji trzech konkretnych pozycji TER będących faktycznym przedmiotem wyjaśnień) czy do wypracowanych metod współpracy i ścieżek dystrybucji, a nie dokumentów dotyczących zindywidualizowanego kontrahenta, załączonych do wyjaśnień. Przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się też do szeregu aspektów poruszonych w wyjaśnieniach ani do załączonych do nich dokumentów. Samo wystawienie katalogu informacji w części przewodniej pisma nie może być uznane za wystarczające, skoro jego dalsza treść nie jest skonkretyzowana i dostosowana do potrzeb przedmiotowego

postępowania. Jedynie przykładowo można tutaj wskazać, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie referuje do zawartych w wyjaśnieniach informacji o doświadczeniu Przystępującego, o czynnikach sprzyjających Przystępującemu wpływających na obniżenie kosztów, o opisanych działaniach związanych z realizacją zamówienia (w tym także tych wskazanych na dwóch ostatnich stronach części tajnej wyjaśnień), o innych postępowaniach, w których Przystępujący składał oferty, nie odnosi się do szeregu załączonych do wyjaśnień dokumentów (których Izba nie może w tym miejscu wskazać według numerów załączników, ponieważ nie zostały one wymienione jako załączniki do wyjaśnień), w tym także do dokumentów, które Przystępujący załączył celem wykazania zachowania informacji w poufności, jako załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego dotyczącej wysokości ewentualnej szkody związanej z ujawnieniem zastrzeżonych informacji, Izba stwierdziła, iż są to nic innego jak ogólne deklaracje Przystępującego, oparte głównie na jego przewidywaniach, nie powiązane z konkretnymi informacjami zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Zauważyć należy, iż Przystępujący wiąże wysokość potencjalnej szkody z samym faktem ujawnienia jego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy nie wykazał on, aby ujawnienie informacji tam zawartych faktycznie zagrażało interesom jego przedsiębiorstwa, w szczególności wpływało na pogorszenie jego sytuacji na rynku usług stanowiących przedmiot zamówienia. Przystępujący poprzestał na ogólnikowych tezach o zagrożeniu jego pozycji rynkowej, nie przedstawił jednak żadnej analizy dotyczącej tego, jak ujawnienie tych konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i załącznikach do tych wyjaśnień ma przekładać się na spadek jego konkurencyjności. Samo powołanie się na wysokość szkody, jaka zdaniem Przystępującego miałaby wystąpić w efekcie ujawnienia informacji, w sytuacji gdy nie uwiarygodniono, że prawdopodobieństwo zagrożenia interesom Przystępującego w ogóle zachodzi, nie może zostać uznane za wystarczające, aby uznać, że informacje mają wartość gospodarczą. Tym bardziej, że jak już wskazywano, uzasadnienie przedstawione przez Przystępującego nie odnosi się do konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach.

Izba w szczególności za chybione uznała powoływanie się przez Przystępującego w kontekście potencjalnej szkody na koszty związane ze sporządzeniem oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny w przedmiotowym postępowaniu i poświęconej na to liczby roboczogodzin w kontekście wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przystępujący poświęcił siły i środki po to, by należycie przygotować ofertę i uzyskać zamówienie. Ewentualną szkodę upatrywaną jako wysokość kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępujący mógłby ponieść zatem w sytuacji,

gdyby nie uzyskał zamówienia, a nie w przypadku odtajnienia kalkulacji przez niego opracowanej. Ewentualna utrata możliwości uzyskania zamówienia byłaby z kolei wynikiem wadliwości oferty Przystępującego, a nie odtajnienia wyjaśnień. Z podobnych względów nie zasługuje także na uwzględnienie stanowisko Przystępującego, iż straty związane z ujawnieniem „wiedzy wypracowanej przez podmiot działający wiele lat na rynku”, będą pewne i zostały one przez Przystępującego ujęte jako suma kar i kosztów zawarcia umowy. Po pierwsze, jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia wyroku, Przystępujący w ogóle nie wykazał, aby informacje zawarte w wyjaśnieniach rzeczywiście zawierały unikalną, niestosowaną przez inne podmioty, metodologię kształtowania ceny oferty. Po drugie trudno upatrywać szkody w wysokości kar i kosztów zawarcia umowy będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, skoro Przystępujący złożył ważną ofertę, a jej dalsze losy obecnie nie zostały przesądzone, samo zaś odtajnienie treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny na te losy, jak wyżej wskazano, bezpośrednio nie wpływa. Nie można wiązać potencjalnej szkody z tym, że konkurent będzie dysponował szerszym niż obecnie zakresem danych, aby podważyć realność ceny Przystępującego, skoro jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest priorytetem, a dostęp do załączników do protokołu postępowania jest gwarantowany wykonawcom ustawowo.

Dalej należy wskazać, że ewentualna kwotowa wycena wartości gospodarczej informacji powinna być zindywidualizowana do tej informacji, która jest zastrzegana. Przystępujący takiej indywidualizacji nie dokonał. Wskazywane wartości powinny też być uwiarygodnione, gdyż same deklaracje oparte na przypuszczeniach Przystępującego niczego nie dowodzą. W ocenie Izby w oparciu o dane przedstawione przez Przystępującego nie ma obiektywnej możliwości weryfikacji, że założenia przyjęte przez Przystępującego są prawidłowe. Przystępujący nie wyjaśnił z czego wynikają deklarowane wstępne koszty zawarcia umowy z kontrahentem o wartości aż 12 600 zł, podobnie nie wyjaśnił w ogóle z czego wynikać miałaby szkoda rzędu 300 000 zł dla każdego kontraktu związana z ujawnieniem „informacji o kanale dystrybucji”. Trudno nawet stwierdzić o jaki kanał dystrybucji może chodzić, tego rodzaju dane nie wynikają z dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, podobnie nie wynika z nich tego rodzaju kwota. Potencjalne różnice kosztów związane z koniecznością zawarcia umowy z innym podmiotem również nie zostały wyjaśnione, do tego szacowane są od pięciu tysięcy do miliona złotych. Trudno jest w jakikolwiek sposób odnieść się do tych danych liczbowych, nie zostały one niczym poparte. Nawet w stosunku do umowy z kontrahentem, którego wskazano w treści wyjaśnień, Przystępujący określając potencjalną wysokość szkody związanej z ujawnieniem informacji dotyczących współpracy z tym podmiotem, nie odesłał konkretnie do treści dokumentu załączonego do wyjaśnień, lecz wskazywał w sposób ogólny na „umowy z kontrahentami.”

Przy tym dodać należy, że sam fakt zastrzeżenia kar umownych z określonego tytułu nie może przesądzać o tym, że dana informacja posiada faktycznie wartość gospodarczą, a co najwyżej świadczy o tym, że strony wyraziły wolę jej nieupubliczniania i ochrony. Przystępujący powinien skupić się na wyjaśnieniu, jakie faktycznie znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku ma poznanie konkretnej informacji i jak przekłada się to na ryzyko zagrożenia uzasadnionym interesom Przystępującego, a nie na ogólnych zapewnieniach o tym, jak ważne dla niego są to informacje, bez ich zindywidualizowania i bez przekonującego uzasadnienia, że ryzyko osłabienia pozycji rynkowej Przystępującego związane z ujawnieniem informacji faktycznie może się zmateriałizować. Nie można przy tym zapominać, że wyjaśnienia dotyczą jedynie trzech pozycji TER z jednej Grupy prac.

Reasumując, w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał jednej z kluczowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – wartości gospodarczej informacji, które utajnił. Zamawiający zaś nie dokonał pogłębionej analizy przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia i wziął za pewnik stanowisko Przystępującego uznając tajemnicę przedsiębiorstwa za skutecznie zastrzeżoną w pełnym zadeklarowanym przez Przystępującego zakresie, mimo iż przedstawione uzasadnienie nie wykazywało kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Odnosząc się jeszcze do przesłanki podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności, Izba wskazuje, że trafnie spostrzegł Odwołujący, iż dokumenty wykazujące podjęcie tego rodzaju działań przedstawiane jako dowody do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinny odnosić się do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nawet bowiem gdy jeden z członków

konsorcjum wdrożył stosowną politykę ochrony informacji, czy zawarł umowy o poufności z kontrahentami, to brak odpowiednich działań po stronie innego członka konsorcjum, który również ma dostęp do zastrzeżonych informacji, przeczy uznaniu, że podjęto dostateczne działania w celu utrzymania informacji w poufności przy dochowaniu należytej staranności. Analiza przedstawionych przez Przystępującego dokumentów pozwala stwierdzić, że dotyczą one tylko jednego z trzech członków konsorcjum, co już samo w sobie wskazuje na niespełnienie omawianej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Treść wyjaśnień i załączonych do nich dowodów jest znana dwóm pozostałym członkom konsorcjum, wobec czego brak wykazania, że te podmioty także podjęły działania w celu zachowania informacji tam zawartych w poufności, przerywa łańcuch ochrony informacji. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że członkowie konsorcjum są powiązani osobowo, skoro są to trzy różne podmioty gospodarcze. Bez znaczenia pozostaje także argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, iż jeden z tych podmiotów to jednoosobowa działalność gospodarcza, skoro już drugi z nich to spółka prawa handlowego. Skoro nie przedstawiono żadnych

dowodów potwierdzających, że dwóch członków konsorcjum podjęło stosowne środki w celu ochrony informacji, to nie sposób mówić o wykazaniu wskazanej w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przesłanki podjęcia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania informacji w poufności. Znamionym jest przy tym fakt, że Przystępujący decydując się po wniesieniu odwołania na ujawnienie niepełnej treści Regulaminu pracy i Polityki bezpieczeństwa informacji przekazanych Odwołującemu 27 kwietnia 2023 r., zakrył właśnie te fragmenty, które identyfikowały podmiot będący ich autorem (jednego z członków konsorcjum), co nie znajdowało racjonalnego wytłumaczenia innego niż przyjęta strategia procesowa. Z kolei przedstawiona przez Przystępującego podczas rozprawy umowa konsorcjum nie została załączona do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako dowód. Ponadto dowodzi ona wyłącznie tego, że członkowie konsorcjum wzajemnie zobowiązali się do zachowania poufności, niemniej nie wykazuje, że dwóch członków konsorcjum wdrożyło w swoich przedsiębiorstwach stosowne działania w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż zarzuty nr 1, 2 i 6 odwołania zasługiwały na uwzględnienie. Uzupełniając Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który powoływał się na brak przedstawienia w odwołaniu argumentacji dla zarzutu nr 2 i 6 odwołania. Kompleksowa lektura odwołania pozwala stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości, że prezentowana tam argumentacja dotycząca problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa (pkt 13-64) była wspólna dla wszystkich ww. zarzutów. Z odwołania wynikało także, z jakich okoliczności faktycznych Odwołujący wywodził ww. zarzuty – przede wszystkim z faktu uznania przez Zamawiającego, że dokonane zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa było skuteczne oraz z faktu nieudostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień wraz z załącznikami, co prowadziło w konsekwencji do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych. Sam fakt, że w odwołaniu nie rozbito argumentacji na poszczególne zarzuty, lecz ujęto ją zbiorczo jako „zarzut dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa” nie oznacza, że nie jest możliwe dokonanie właściwej identyfikacji podstaw faktycznych zarzutów oznaczonych nr 1 i 2. Zarzut nr 6 ma zaś charakter wynikowy, jako że naruszenie zasady jawności postępowania prowadziło w konsekwencji do naruszenia innych podstawowych zasad zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2023 r. oraz w załącznikach do tego pisma w całości.

Zamawiający powinien odtajnić ww. dokumenty i udostępnić je Odwołującemu. Izba przy tym wskazuje, iż nałożony na Zamawiającego obowiązek ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach oraz w załącznikach do tego pisma w całości obejmuje także dokumenty załączone do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie, w jakim nie były one dotychczas przekazane Odwołującemu. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego jakoby dokumenty te nie zostały objęte zakresem zaskarżenia. Po pierwsze Odwołujący w treści odwołania wprost się do tych dokumentów odnosił, np. w pkt 22 odwołania („Zamawiający nie odtajnił nawet załączników nr 1-5 (...) wymienionych in fine załącznika nr 1 (...), które jak wynika już chociażby z pobieżnej lektury pisma, nie są wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa.” (...)) Konsorcjum Budia nie wskazało, że dokumenty te mają jakąkolwiek wartość gospodarczą.”) czy też w pkt 59 („trudno stwierdzić, na jakiej podstawie Zamawiający uznał te załączniki jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie zostały one przekazane Odwołującemu, a samo zastrzeżenie do nich się nie odnosi (ich nie obejmuje). Konsorcjum wspomina o nich zasadniczo jako o dowodach na podjęcie stosownych działań. Nie stanowi to wykazania, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.”). Po drugie oczywiste jest, że jeżeli uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiło załącznik nr 1 do wyjaśnień, to załączniki do tego uzasadnienia, czyli dokumenty mające służyć wykazaniu poufności informacji, będące integralną częścią załącznika nr 1, również stanowią załączniki do wyjaśnień. Jak zaś omówiono powyżej, rację miał Odwołujący, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle się do tych dokumentów nie odnosi.

Biorąc pod uwagę, iż pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzuty nr 3, 4 i 5 dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego zostały sformułowane w petitum odwołania, jako zarzuty ewentualne, podnoszone z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia zarzutów odnoszących się do problematyki tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba pozostawiła je bez rozpoznania. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż brak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny, czy postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty Przystępującego byłoby w ogóle uzasadnione. Kluczowe dla interesu Odwołującego jest dokonanie przez Izbę weryfikacji czy zaniechanie udostępnienia Odwołującemu żądanych dokumentów było zgodne z ustawą Pzp. W przeciwnym razie należy bowiem uznać, iż prawo Odwołującego doznało uszczerbku na skutek niezgodnych z ustawą Pzp działań Zamawiającego, co z kolei winno skutkować umożliwieniem Odwołującemu wniesienia środka ochrony prawnej w oparciu o podstawy faktyczne, które

ujawnią się po poznaniu bezprawnie utajnionych informacji. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., C-54/21 (Konsorcjum: Antea Polska S.A., Pectore-Eco Sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie) w takiej sytuacji bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym odwołujący się uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.

Zasady jawności i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Oczywistym jest, że zarzuty konstruowane w oparciu jedynie o własne przypuszczenia z uwagi na brak dostępu do dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa nie będą realizować w sposób pełny uprawnienia wykonawcy do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dlatego ocena skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinna być co do zasady dokonywana uprzednio w stosunku do oceny innych zarzutów wywodzonych z treści dokumentów objętych tą tajemnicą, chyba że wykonawca wnoszący odwołanie – jako dysponent tego środka ochrony prawnej – w odmienny sposób sformułuje zarzuty. W przedmiotowej sprawie zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego zostały wskazane jako zarzuty ewentualne, wobec czego w sytuacji gdy Izba uwzględniła zarzuty odnoszące się do tajemnicy przedsiębiorstwa, nie podlegały one rozpoznaniu. Orzecznictwo Sądu Zamówień Publicznych potwierdza, iż uwzględnienie zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego (por. m.in. wyrok z dnia 1 października 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, wyrok z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21.)

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: