Sygn. akt: KIO 1463/23, KIO 1478/23

WYROK

z dnia 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. przez wykonawcę TORPOL spółka akcyjna w Poznaniu i w dniu 25 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i TRAKCJA spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża obu odwołujących i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TORPOL spółka akcyjna w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i TRAKCJA spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt KIO 1463/23, KIO 1478/23

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

I . PKP Polskie Linie Kolejowe spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest realizacja robót budowlanych dla Projektu „Prace na linii kolejowej nr 38 na odcinku Giżycko - Korsze wraz z elektryfikacją”; numer referencyjny: 9090/IRZR2/08397/02327/22/P.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 087-237785 w dniu 4 maja 2022 r.

W tymże postępowaniu zostały wniesione dwa odwołania:

- sygn. akt KIO 1463/23 – przez wykonawcę TORPOL spółka akcyjna w Poznaniu (dalej: Odwołujący Torpol) w dniu 24 maja 2023 r.;

- sygn. akt KIO 1478/23 – przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku i TRAKCJA spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący PPMT i Trakcja).

<u>Sygn. akt KIO 1463/23</u>

Odwołujący Torpol zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze. zm.), zwanej dalej: "uznk", poprzez postanowienie o odtajnieniu dokumentów przekazanych przez Odwołującego w związku z wyjaśnieniami ceny wraz z załączonymi do nich kosztorysami i ofertami, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego;

2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania

zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania, wskazywał, że już sam rodzaj zastrzeżonych informacji (sposób wyliczenia ceny poszczególnych pozycji) uzasadnia stwierdzenie, że tego rodzaju informacje mogą mieć wartość gospodarczą.

Odwołujący podkreślał, że pozyskanie przez konkurencję wiedzy o sposobie podejścia do wyceny, m.in. założenia do kalkulacji, wynagrodzenia pracowników, ustalenie ryzyka, ceny i wysokość stosowanej marży, mogłyby zostać wykorzystane w innych postępowaniach i nieść ze sobą szkodę dla Odwołującego. Należy więc uznać, iż informacje te mają szczególne znaczenie gospodarcze, zwłaszcza na tak silnym rynku konkurencyjnym jakim jest rynek robót budowlanych.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe informacje posiadają wartość gospodarczą, przedstawiając wartość handlową bezpośrednio poprzez fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa. Informacje te zawierają bowiem dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Informacje zastrzeżone przez odwołującego mają wartość gospodarczą, określają bowiem zasady rozliczeń i finansowania przedmiotu zamówienia oraz zakres praw i obowiązków podmiotów, które będą wspólnie z odwołującym te zadania realizować. Te ostanie informacje mają charakter informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa i już z tego tylko względu są chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto nie sposób im jednocześnie odmówić charakteru cenotwórczego. Fakt braku zastrzeżenie przed podmioty trzecie ich oferty jako „tajemnicy", nie może stanowić o braku wartości gospodarczej i braku waloru „tajemnicy przedsiębiorcy". Poszczególne informacje same w sobie, jako pojedyncze informacje (tabele lub oferty), tj. bez uzupełniającego je opisu czy zbiorczego zestawienia (treści wezwania i wyjaśnień), mogą nie stanowić istotnej wartości gospodarczej. Zważywszy jednak na fakt, że stanowią one część wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w formie opisowej (treści całego wezwania i całych wyjaśnień), ich znaczenie nabiera znacznie większego znaczenia w powiązaniu z całą treścią złożonych wyjaśnień i takie stanowią już wartość gospodarczą. Poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót branżowych (pkt. 2.2.3 i 2.2.4 dot. teletechniki i robót branży srk z wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023) przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, współpracujących z odwołującym od wielu lat narażałoby odwołującego na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych mu indywidualnie przez podwykonawców. 20. W robotach wycenionych "w siłach własnych" w pkt. 2.2.1 – 2.2.5 wyjaśnień, a także załącznikach nr 1.1 – 1.7, zał. nr 6, zał. nr 26, zał. nr 27 do wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023 to podane wartości kwotowe umożliwiają pozyskanie przez

konkurencję istotnych danych dotyczących sposobu kalkulacji przyjętego przez odwołującego w objętym tymi tabelami zakresie. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku.

Z opisu i załączników do wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023 wynika jak Odwołujący liczy poszczególne ceny jednostkowe dla danej klasy torów, z której wynika przyjęcie indywidualnych cen maszyn, urządzeń i doboru materiałów. Składowe cen jakie wchodzą w 1km toru, są właśnie tą wartością gospodarczą, gdyż ujawniają metodę kalkulacji przy założeniu warunków zamówienia i minimalizacji kosztów, a jednocześnie uzyskania marży na całości robót w danej branży.

Odwołujący wskazywał również, że tabela znajdująca się na stronie 16 wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023, stanowi sumę kosztów oraz przewidywane narzuty i marże, które stanowią istotne w ocenie Odwołującego informacje handlowe, będące efektem zdobytego przez Odwołującego na rynku doświadczenia, kontaktów handlowych itp. Pozwalają one poznać sposób kalkulacji ceny przez dane przedsiębiorstwo w zakresie, który zwyczajowo nie jest ujawniany do wiadomości konkurencji w branży budowlanej. W tym kontekście, Odwołujący nie chce, aby inne firmy poznały jego informacje o sposobie kosztorysowania robót w których jest specjalistą.

Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie wymagając złożenia jako elementu oferty szczegółowych kalkulacji poszczególnych pozycji przedmiarowych, uznał że powszechne ujawnienie szczegółowych sposobów kalkulacji przez wszystkich Wykonawców jest elementem nadmiarowym. Obecne ujawnienie szczegółowych kalkulacji tylko jednego (ew. kilku wezwanych do wyjaśnień RNC ale nie wszystkich Wykonawców) może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów. Innymi słowy, skoro Zamawiający nie wymagał złożenia szczegółowych kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych, to konieczność ich ujawnienia w toku postępowania (niezależnie od podstawy prawnej), stanowi przejaw nierównego traktowania wykonawców, których szczegółowe kalkulacje wyjdą na jaw. W tym duchu działanie Zamawiającego stanowi także naruszeniem art. 16 ust 1 ustawy Pzp przejawiające się tym, że część Wykonawców złożyła Zamawiającemu korzystne cenowo oferty, a niejako „w nagrodę" zostaną oni ukarani powszechnym ujawnieniem szczegółów i sposobu kalkulacji. Z tym nie może zgodzić się Odwołujący.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w SWZ nie wymagał aby inni wykonawcy przedstawili szczegółowe kalkulacje swoich cen, a obecnie ujawnianie szczegółowych kalkulacji cen Odwołującego, może świadczyć o nierównym traktowaniu wykonawców. Jeżeli miałoby dojść do ujawnienia szczegółowych kalkulacji, to wymagałoby to ujawniania tych informacji przez wszystkich wykonawców, a zapewne i Odwołujący chętnie powziąłby wiedze w jaki sposób inni wykonawcy skalkulowali ceny, w których to Odwołujący nie potrafi udzielić upustów. Tytułem przykładu może być branża

obiektów inżynieryjnych, gdzie wartość oferty złożonej przez Odwołującego wynosiła 77 677 248,67 zł, a wartości ofert innych wykonawców plasowała się w przedziale od najniższej 36 296 395,59 zł (ok. 46,7% wartości oferty Odwołującego) do najwyższej 134 246 803,63 zł (ok. 172,8% wartości oferty Odwołującego). W tym miejscu należy wskazać że dwie najniższe oferty w tej branży o wartości odpowiednio 36 296 395,59 zł (wykonawca Aldesa) oraz 40 169 254,39 zł (wykonawca Intercor), a więc znacznie poniżej oferty Odwołującego. Oferty te zostały złożone przez wykonawców specjalizujących się w tego typu pracach. Gdyby doszło do ujawnienia szczegółowych sposobów kalkulacji tych branż przez tych wykonawców, to znacznie osłabiłoby to ich przewagę konkurencyjną i mogłoby stanowić wskazówkę dla innych wykonawców jak szacować ceny w tej branży. W ocenie Odwołującego, wartością gospodarczą jest właśnie indywidualna kalkulacja robót branż torowych, teletechnicznych i trakcyjnych, w których odwołujący się specjalizuje i którą Odwołujący chce chronić w ramach złożonych wyjaśnień RNC.

Odwołujący również zauważał, „że TORPOL S.A. jest spółką, której akcje są przedmiotem obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych S.A. W związku z tym niektóre informacje (nie wskazał jednak, jakie konkretnie, poza – przykładowym – przywołaniem informacji z pkt. 2.2.5 wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023), dotyczące odwołującego stanowią informacje poufne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi. Wyjaśnienia zastrzeżone jako „tajemnica przedsiębiorcy" złożone w pismach z dnia 6 marca 2023 numer TH13/0304/2023, z dnia 11 kwietnia 2023 roku numer TH13/0403/2023 i z dnia 28 kwietnia 2023 roku numer TH13t/0425/2023 zawierają lub mogą zawierać informacje chronione w rozumieniu Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 roku w sprawie nadużyć na rynku, których ujawnienie, wykorzystanie lub dokonywanie na ich podstawie rekomendacji lub nakłaniania przed ich przekazaniem do wiadomości publicznej w ramach wykonywania obowiązków informacyjnych przez TORPOL S.A. stanowi przestępstwo rynku kapitałowego i podlega sankcjom administracyjnym oraz karnym, w tym karom finansowym i pozbawienia wolności. Odwołujący wskazuje, że takim elementem może być np. ujawnienie informacji z pkt. 2.2.5 wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023, wskazujących na przewidywaną do osiągnięcia marżę. W ocenie Odwołującego

taka informacja przed ujawnieniem jej w drodze „odtajnienia" tajemnicy przedsiębiorcy, powinna zostać powszechnie ujawniona do wiadomości publicznej (dla akcjonariuszy), natomiast komunikowanie takich jednostkowych elementów, nie jest powszechną praktyką firm budowlanych notowanych na Giełdzie Papierów Wartościowych.

W konsekwencji tak uzasadnionych zarzutów, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla informacji zawartych w dokumentach:

- plik „TH13 0304 2023_tajemnica przedsiębiorstwa od pkt. 2.1 do 2.2.5-sig.pdf", tj. pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny" w zakresie pkt 2.1;

- plik „TH13 0304 2023_Załączniki 1 do 27_tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf"

- plik „TH13 0403 2023-sig.pdf", tj. pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny - Uzupełnienie i uszczegółowienie";

- plik „TH13 0403 2023_Załączniki.7z";

- plik „TORPOL S.A._Wyjaśnienia RNC_TH13t_0425_2023_Tajemnica przedsiębiorstwa.pdf" tj. pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny uzupełnienie i uszczegółowienie".

ewentualnie (na wypadek uznania przez Izbę, że nie można zastrzec całych plików tj. pism i załączników), zastrzeżenie informacji w następującym zakresie:

- całości punktów 2.2.1 do 2.2.5 wyjaśnień z dnia 6 marca 2023 roku numer TH13 0304 2023 oraz w całości załączników nr 1.1 – 1.7, zał. nr 6, zał. nr 26, zał. nr 27 do tego pisma jako elementów stanowiących część szczegółowej kalkulacji Odwołującego;

- w wyjaśnieniach z dnia 11 kwietnia 2023 roku numer TH13/0403/2023 w części dotyczącej szczegółów kalkulacji punkt pn. Przedstawienie wyjaśnień, tiret 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, i dalej strona 7 akapit pisma zaczynający się od słów „Podsumowując z uwagi…" do końca pisma na stronie 8, oraz załącznik nr 2, nr 4, nr 5, nr 6 do tego pisma jako elementów stanowiących część szczegółowej kalkulacji Wykonawcy;

- pismo TH13t/04025/2023 w miejscu, gdzie Odwołujący podaje koszt jednostkowy pracy pociągu SUM 312.

Sygn. akt KIO 1478/23

Odwołujący PPMT i Trakcja zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm.) („u.z.n.k."), poprzez podjęcie decyzji o odtajnieniu dokumentacji złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu, pomimo wykazania przez Wykonawcę, iż dokumentacja ta zawiera informacje stanowiące w istocie tajemnicę jego przedsiębiorstwa,

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego uprzedniego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia jego oferty na podstawie tego przepisu, w zakresie kwestii szczegółowych dotyczących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy, co do których Zamawiający powziął wątpliwości i wskazał je w treści Decyzji jako jej uzasadnienie czynności odtajnienia informacji pochodzących od Wykonawcy.

Zarzuty odwołania Odwołujący uzasadniał, przytaczając przepisy określające, co jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Reasumował, że wobec brzemienia przepisów, jest jasne, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w sposób jednoznaczny świadczy bowiem o tym ich charakter, posiadana wartość gospodarcza, działania podjęte przez Wykonawcę zmierzające do ich zabezpieczenia oraz okoliczność, iż uzyskanie tych informacji nie jest możliwe w drodze zwykłych, dostępnych powszechnie środków. Informacje te nie są bowiem powszechnie udostępniane przez Wykonawcę, a dostęp do nich ma tylko ograniczone grono osób. Odwołujący twierdził, że zastrzeżone informacje i dokumenty zawierają unikalny know how techniczny i organizacyjny Wykonawcy, który podlega ochronie (nie popierał takiego twierdzenia żadnymi dowodami). Z tego też względu informacje te mają istotne znaczenie z punktu widzenia uzasadnionych interesów Wykonawcy, a także posiadają zdecydowanie gospodarczy charakter. Odwołujący przytaczał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując, że informacje o charakterze organizacyjnym, finansowym oraz handlowym niewątpliwie stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą.

Stwierdzał, że udostępnienie tych informacji podmiotom konkurencyjnym w sposób oczywisty godziłoby w interes oraz dobra osobiste samego Wykonawcy. Nie ulega wątpliwości, iż takie dane, stanowiąc szczególne dobro każdego przedsiębiorstwa nie powinny być udostępniane podmiotom trzecim, w szczególności zaś podmiotom konkurencyjnym. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, iż zastrzeganie tego typu danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest stałą praktyką stosowaną przez Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje te w sposób bezpośredni i pośredni świadczą bowiem o doświadczeniu i wiedzy Wykonawcy, stanowią dorobek wynikający z wieloletniej praktyki rynkowej i bogatego doświadczenia. Ich ujawnienie w sposób nieuchronny prowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej pomiędzy Wykonawcą, a podmiotami konkurencyjnymi, w sposób jednoznaczny faworyzując te ostatnie. Udostępnienie tych informacji może prowadzić także do osłabienia zaufania pomiędzy Wykonawcą oraz jego współpracownikami, co w dalszej kolejności może prowadzić do ograniczenia lub zerwania prowadzonej między nimi współpracy handlowej. Mając na uwadze powyższe należy więc stwierdzić, iż ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych

tak Wykonawcy, jak i podmiotów trzecich. Z tego względu poczynione przez Wykonawcę zastrzeżenie tych informacji należy uznać za zasadne.

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że dla oceny wartości gospodarczej „nie można przyjąć jednolitej miary, wprowadzając np. pewne minimum ujęte wartościowo. W doktrynie dominuje bowiem pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Cel regulacji – zwalczanie nieuczciwej konkurencji – narzuca konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej", tj. interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy więc interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne oceny, uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy." Informacje posiadane przez działające na tym rynku podmioty, dotyczące m.in. stosowanych rozwiązań technicznych, zrealizowanych zleceń czy sieci współpracowników, niejednokrotnie stanowią bowiem o ich przewadze konkurencyjnej. Czynności Zamawiającego nie powinny zatem narażać wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na poniesienie szkody mogącej wyniknąć z odtajnienia takich informacji.

Ponadto podkreślał, że w związku z wysokospecjalistycznymi usługami jakie świadczy zespół Wykonawcy, Wykonawca w sposób szczególny chroni informacje w zakresie swoich zasobów – pracowników i kontraktorów. Informacje związane z realizacją usług przez te podmioty stanowią nie tylko tajemnicę Wykonawcy, ale także podmiotów, które udostępniły Wykonawcy określony personel czy swe usługi. Upublicznienie takich informacji negatywnie wpływa na ich interes gospodarczy – informacje te powinny być zatem chronione. Wykonawca ujawniając jakiekolwiek informacje dotyczące podwykonawców nie tylko ujawnia tajemnice własne przedsiębiorstwa, ale przede wszystkim naraża się na utratę zaufania, a także na ewentualne roszczenia ze strony kontrahentów związane z potencjalnym naruszeniem ich tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej Odwołujący twierdził, że skutecznie wykazał, że zastrzeżonych informacji nie udostępnia osobom trzecim, i podejmuje działania w celu zachowania ich w poufności.

Ponadto, Odwołujący twierdził, że Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia oferty przed powzięciem decyzji o jej odtajnieniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wydając Decyzję o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa nieprawidłowo nie wezwał uprzednio Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości jakie powstały przy ocenie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu zaniechania czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego,

3. przeprowadzenie dowodu z:

a. dokumentacji postępowania,

b. dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania na okoliczności w nim wskazane,

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania i na rozprawie wnosił o oddalenie obu odwołań. Na rozprawie zauważał, że spór powinien zostać sprowadzony do oceny tylko jednej okoliczności, tj. czy wykonawcy wykazali, że zastrzeżone

informacje posiadają wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem dostrzegł w pismach składanych przez obu Odwołujących w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny potwierdzenie spełnienie dwóch pozostałych przesłanek przemawiających za zachowaniem poufności tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie odnośnie wartości gospodarczej uznał, że nie została ona wykazana w kontekście konieczności zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Nie kwestionował, że określone informacje mogą posiadać wartość gospodarczą, ale decydujące jest to, że wykonawcy nie wykazali, że informacje taką wartość posiadają. Skuteczne wykazanie musi nastąpić wraz ze złożeniem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa i nie podlega uzupełnianiu. Zamawiający oceniał dokumentację złożoną przez wykonawców w świetle orzecznictwa KIO, która stopniowo pogłębia rygoryzm w ocenie dokumentów tego rodzaju. Z analizy Zamawiającego jednoznacznie wynika, że muszą być wskazane przesłanki, które prowadzą do stwierdzenia, że żądane informacje posiadają wartość gospodarczą. Wskazuje, że Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować, że określone informacje posiadają wartość gospodarczą, nawet jeżeli by tak było – jeżeli mają taki walor, ponieważ to wykonawca powinien wykazać istnienie takiego waloru.

Odnosząc się do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy wykonawcy Odwołującego Torpol w sprawie KIO 1463/23 Zamawiający wskazywał, że uzasadnienie to obejmuje jedynie dwa rodzaje informacji, tj. sposób kalkulacji ceny i ofert kontrahentów. Brak odniesienia się do innych informacji. Podnosi, że kalkulacja na potrzeby konkretnego postępowania nie ma charakteru stałego i nie jest know-how wykonawcy. Każdorazowo dokumentacja postępowania jest inna, inaczej niż przy np. usługach telekomunikacyjnych, które były przedmiotem orzeczenia KIO 649/23. Udowadniać wartość gospodarczą można na kilka sposobów – wykazując, jakich przychodów wykonawca nie osiągnie, jaką poniesie stratę, możliwość odwzorowania tej kalkulacji w innych postępowaniach. W jego ocenie Odwołujący nie podjęli działań w tym kierunku.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego PPMT i Trakcja w sprawie KIO 1478/23 Zamawiający wskazywał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest hasłowe i lakoniczne. Zamawiający w ogóle nie polemizował z wywodami Odwołującego zawartymi w odwołaniu i prezentowanymi na rozprawie, gdzie wskazywał on na podjęte środki w celu ochrony tajemnicy, ponieważ tą przesłankę Zamawiający uznał za wykazaną, natomiast brak wykazania wartości gospodarczej.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

> II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: oba odwołania należy oddalić.

Izba stwierdziła, że obu Odwołującym przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia i, jeżeli potwierdziłby się zarzut nieuprawnionego odtajnienia informacji, zastrzeżonych przez nich jako tajemnica przedsiębiorstwa, mogą ponieść szkodę w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w szczególności wyjaśnień, składanych przez Odwołujących w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia niskiej ceny.

<u>Krajowa Izba Odwoławcza odnośnie obu odwołań, ustaliła co następuje.</u>

W ramach składanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, obaj Odwołujący przedkładali Zamawiającemu informacje, co do których zastrzegli, że nie mogą być one udostępniane oraz oświadczali, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający co do niektórych informacji, zastrzeżonych przez obu wykonawców, podjął w dniu 15 maja 2023 r. decyzję, że informacje te zostaną ujawnione, ponieważ nie zostało skutecznie wykazane, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a w szczególności – odnośnie tychże informacji nie zostało wykazane, że posiadają one wartość gospodarczą.

<u>Sygn. akt KIO 1463/23</u>

W piśmie z dnia 6 marca 2023 r. „Wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny" oraz uzupełnieniach wyjaśnień z dnia 12 kwietnia 2023 r. i 28 kwietnia 2023 r. Odwołujący Torpol odpowiadał na wezwanie Zamawiającego, dotyczące rażąco niskiej ceny. Co do niektórych podanych informacji, Odwołujący zastrzegał, że powinny być ujawniane, podając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazywał m.in.

(w piśmie z dnia 6 marca 2023 r.):

> - „Wykonawca wyjaśnia, że niniejsze wyjaśnienia, a w szczególności załączone na ich poparcie dowody stanowią wynik wieloletniej współpracy z kontrahentami, ujawnione w nich ceny oraz inne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa TORPOL S.A. a także podmiotów współpracujących (w tym dostawców i podwykonawców), a co więcej to oferty te zawierają zastrzeżenie braku ujawniania treści w nich zawartych podmiotom trzecim. Wszelkie kwestie handlowe, jakimi są oferowane stawki za materiały, usługi oraz roboty budowlane uznać należy za prawnie chronione, w związku z czym nie mogą one być przekazywane podmiotom trzecim.";

- „Oferty (ceny za poszczególne czynności składające się na przedmiot zamówienia) oferowane przez kontrahentów TORPOL S.A. mają znaczną wartość cenotwórczą dla oferty składanej Zamawiającemu, są wynikiem długoletniej współpracy oraz wypracowanych warunków handlowych (np. oferując skrócone terminy płatności lub przedpłaty, wolumen obrotu itp. co daje przywilej TORPOL S.A. do negocjacji niższych cen niż otoczenie konkurencyjne). Ujawnienie tych cen innym podmiotom, doprowadzi do nieuprawnionego użycia przez nich cen w swoich kosztorysach (wykorzystanie ceny z oferty, bez potwierdzenia ceny przez dostawcę), a to może doprowadzić do sytuacji, że oferta Wykonawcy będzie mniej korzystna i nie pozyska on Zamówienia. Bezsprzecznym jest, że Wykonawca jako lider rynku", - „Informacje o cenie mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o uzyskane oferty handlowe, ceny oraz sposób kalkulacji ryzyka (i zakładanego zysku), których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę, może nie tylko zaoszczędzić mu wydatków lub zwiększy jego zyski, a co więcej których ujawnienie pociągnie za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej TORPOL S.A. Wykonawca poniższe informacje uznaje za strategiczne dla funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa na rynku konkurencyjnym zamówień na roboty budowlane, a ich ujawnienie może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej.";

- „Ponadto wykonawca jest spółką, której akcje są przedmiotem obrotu na Giełdzie Papierów Wartościowych S.A., w związku z czym niektóre informacje zawarte w niniejszym piśmie stanowią informacje poufne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi."

(w piśmie z dnia 12 i 28 kwietnia 2023 r.):

- „powołując się na przesłanki prawne i stan faktyczny oraz dowody przywołane w punkcie 1 w/cyt. pisma Wykonawcy z 06.03.2023 r. zastrzega treść niniejszych wyjaśnień i załączników do nich w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa."

Po analizie złożonych przez Odwołującego pism, Zamawiający w piśmie znak IRZR2.292.1.2022.IRE-02627-I.JCH.120 z dnia 15 maja 2023 r. poinformował Odwołującego Torpol o odtajnieniu informacji, zastrzeżonych przez Wykonawcę jako „tajemnica przedsiębiorstwa" w poniżej wskazanym zakresie:

Wyjaśnienia przekazane w dniu 06.03.2023r. :

1. Z pliku „TH13 0304 2023_tajemnica przedsiębiorstwa od pkt. 2.1 do 2.2.5-sig.pdf" pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny" w zakresie pkt 2.1, 2.2 z wyłączeniem informacji (nazwa kontrahenta) ze stron: 14, 15.

2. Z pliku „TH13 0304 2023_Załączniki 1 do 27_tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf kalkulacje i oferty z wyłączeniem informacji w zakresie:

- Oferty zawartej w Załączniku nr 4 (str. 18-35),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 5 (str. 36-37) wraz z informacjami wskazującymi na nazwę kontrahenta w kalkulacjach zawartych w Załączniku nr 27 (str. 224-225),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 10 (str. 60-73),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 14 (str. 81-86) wraz z informacjami wskazującymi na

nazwę kontrahenta w kalkulacjach zawartych w Załączniku nr 27 (str. 224-225),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 17 (str. 89-92),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 19 (str. 96-98) wraz z informacjami wskazującymi na

nazwę kontrahenta w kalkulacjach: Załącznik nr 1.1 (str. 1), Załącznik nr 1.2 (str.2), Załącznik nr 1.3 (str.3), Załącznik nr 1.4 (str. 5-6), Załącznik nr 1.5 (str. 10), Załącznik nr 1.7 (str. 12-14, 16), Załącznik nr 27 (str. 224-225),

- Oferty zawartej w Załączniku nr 25 (str. 120-123).

3. Plik „TH13 0304 2023_Załącznik 28_tajemnica przedsiębiorstwa-sig.pdf" tj.

- Zarządzenie wewnętrzne wiceprezesa zarządu Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu Nr 1/VII/2019 z dnia 01 lipca 2019 roku,

Wyjaśnienia przekazane w dniu 12.04.2023r.:

1. Z pliku „TH13 0403 2023-sig.pdf" pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny - Uzupełnienie i uszczegółowienie" z wyłączeniem informacji (nazwa kontrahenta) ze stron: 1-3, 5-6.

2. Z folderu „TH13 0403 2023_Załączniki.7z" Załączniki nr 2, 4-7, 13, 16, 17 (w zakresie oferty na str. 5-6)

Wyjaśnienia przekazane w dniu 28.04.2023r.:

Plik „TORPOL S.A._Wyjaśnienia RNC_TH13t_0425_2023_Tajemnica przedsiębiorstwa.pdf" tj. pismo „Wyjaśnienia wykonawcy dotyczące zaoferowanej ceny uzupełnienie i uszczegółowienie".

Zamawiający swoją decyzję o odtajnieniu powyżej wymienionych dokumentów uzasadnił, wskazując, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. W ocenie Zamawiającego, „odnosząc się do wartości gospodarczej kalkulacji ceny Torpol w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa opisał proces w jakim powstała kalkulacja ceny oferty. Wykonawca wskazał, że ujawnienie powyższego będzie stanowiło znaczny uszczerbek i zagrozi przewadze konkurencyjnej. Podkreślenia jednak wymaga, że Wykonawca nie doprecyzował w jaki konkretny sposób miałby doznać szkody oraz dlaczego poznanie przez inne podmioty informacji zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach dotyczących kalkulacji ceny oferty, miałoby spowodować pogorszenie się sytuacji rynkowej Torpol." (strona 9 pisma). Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, nie wskazał na konkretny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy ujawnieniem zastrzeżonych informacji, a ewentualnym wystąpieniem szkody. Według Zamawiającego, „nie sposób uznać, że Wykonawca wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Wykonawca w uzasadnieniu poprzestał na ogólnych oświadczeniach. Wymaga podkreślenia, że twierdzenia Torpol odnoszą się do indywidualnej wyceny przedmiotu świadczenia a Wykonawca w żaden sposób nie wskazuje, że sposób wyceny może zostać zastosowany długofalowo, a w konsekwencji nie wyjaśnia dlaczego miałoby to być jego know-how, co zdaje się sugerować Wykonawca powołując się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe powoduje, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Torpol nie jest skuteczne względem kalkulacji ceny oferty, gdyż Wykonawca nie wykazał względem tych informacji pierwszej przesłanki z art.11 ust. 2 u.z.n.k." Niezależnie od powyższego, Zamawiający stwierdził, że pozostałe przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący Torpol wykazał (informacje te nie były udostępniane i podjęto szereg czynności w celu zachowania ich w poufności).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący Torpol i wniósł odwołanie.

Sygn. akt KIO 1478/23

Odwołujący PPMT i Trakcja w piśmie z dnia 6 marca 2023 r. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA", podawał uzasadniał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji w sposób następujący:

„Informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny ofertowej spełniają przesłanki „tajemnicy przedsiębiorstwa" w rozumieniu art. 11 ust. 4 UZNK, z uwagi na nich charakter tj. poufnych informacji technicznych, technologicznych i organizacyjnych przedsiębiorstwa.

Wykonawca w wyjaśnieniach m.in. wykazuje wpływ między posiadanym przez Konsorcjum potencjałem sprzętowym na kształtowanie się przewagi konkurencyjnej w zakresie ograniczenia kosztów względem innych podmiotów gospodarczych obecnych na rynku kolejowym. Przedstawiony w wyjaśnieniach sposób wykorzystania posiadanego sprzętu wraz z uwzględnieniem unikalnego, dostosowanego do realizacji przedmiotowego zamówienia, potencjału logistycznego Wykonawcy posiada znaczną wartość gospodarczą, której pragniemy nie ujawniać podmiotom konkurencyjnym. Zaprezentowane w wyjaśnieniach informacje odnośnie wykorzystywanych układów technologicznych pracy maszyn dla poszczególnych czynności obecnych w przedmiotowym zamówieniu stanowią wiedzę technologiczną Wykonawcy wypracowaną podczas wieloletnich praktyk i konsekwentnie wprowadzanych udoskonaleń procesu realizacji prac budowlanych „know-how" Wykonawcy, którego zastosowanie wpływa korzystnie na zwiększenie wydajności prac oraz na maksymalizację wykorzystania potencjału ludzkiego.

Kolejną kwestią poruszoną w wyjaśnieniach jest szczegółowa kalkulacja oferty Wykonawcy w tym informacje o uzyskanych przez wykonawcę marżach, ponoszonych kosztach i zakładanych zyskach oraz przyjętych stawkach za roboczogodzinę pracy pracowników. Informacje powyższe ukazują szczegółowy sposób kalkulacji oferty oraz przyjęty przez Konsorcjum poziom cen, jak również wypracowane w toku działalności indywidualnie składniki cenotwórcze (m.in. marże, koszty, stawki roboczogodziny pracowników), ujawnienie tych danych pozwoli konkurentom na określenie poziomu cen jakie Wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji czego kalkulowanie na tej podstawie cen na poziomach odpowiednio niższych w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Następną informacją zawartą w wyjaśnieniach jest wskazanie dowodów, w postaci ofert podwykonawców, na potwierdzenie przyjęcia właściwego poziomu cen składających się na ofertę Wykonawcy oraz na rzetelną kalkulację tejże oferty. Dokumenty powyższe ukazują kanały dystrybucji z których korzysta Wykonawca, zawierają szczegółowe dane odnośnie podwykonawców współpracujących z Konsorcjum, oraz obejmują dane odnośnie poziomów cen wynegocjowanych w stosunkach wzajemnych między Wykonawcą a podwykonawcami. Konkretne dane cenotwórcze przedstawione w wyjaśnieniach wraz z załączonymi do nich ofertami podwykonawców szczegółowo obrazują metody kalkulacji poszczególnych cen oraz przyczyny określenia ich na danym niskim poziomie. Ujawnienie poziomu tych cen nadwyręży zdobyte zaufanie podwykonawców, także osłabi pozycje negocjacyjną Wykonawcy wobec pozostałych konkurencyjnych podmiotów na przyszłość.

Należy podkreślić, że informacje zastrzeżone powyżej posiadają istotną wartość gospodarczą zarówno dla Wykonawcy jak i jego konkurentów, gdyż ich podanie do publicznej wiadomości mogłoby zaszkodzić interesom Wykonawcy i naruszyć relacje konkurencyjne. Na rynku istnieje zaledwie kilka podmiotów posiadających na tyle wyspecjalizowany park maszynowy, iż są w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie w sposób należyty, ponadto podanie do publicznej wiadomości zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom Wykonawcy również poprzez możliwość uzyskania przez przyszłych potencjalnych kontrahentów wiedzy, która mogłaby być wykorzystywana do podejmowania prób zorganizowania i dystrybucji z naruszeniem szeroko pojętego interesu Wykonawcy i w konsekwencji trudnymi do wyobrażenia następstwami finansowymi po stronie Konsorcjum. Ponadto, jak już uprzednio wspomniano pozyskanie

przez konkurentów danych cenotwórczych może pozwolić na odtworzenie zastosowanego przez Wykonawcę mechanizmu kalkulacji ceny w przedmiotowym oraz w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w których Wykonawca będzie uczestniczył, a w konsekwencji doprowadzić do powstania po jego stronie szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami na rynku, co przez wzgląd na interes Wykonawcy jest szalenie niekorzystne.

Powyższe stanowisko, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje posiadają wartość gospodarczą i mogą być utajnione znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym oraz na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej."

Z kolei w piśmie z dnia 12 kwietnia 2023 r. i 19 maja 2023 r. Odwołujący podawał, że „Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Wykonawca zastrzega treść niniejszych wyjaśnień w całości wraz z załącznikami, jako tajemnicę przedsiębiorstwa spółek Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno – Torowe sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i TRAKCJA S.A. z siedzibą w Warszawie. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przekazane wraz z wyjaśnieniami Wykonawcy w dniu 06.03.2023r."

W piśmie znak IRZR2.292.1.2022.IRE-02627-I.JCH.119 z dnia 15 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego PPMT i Trakcja o odtajnieniu informacji, zastrzeżonych przez wykonawcę jako „tajemnica przedsiębiorstwa" w poniżej wskazanym zakresie:

Wyjaśnienia przekazane w dniu 06.03.2023r. :

1. Folder „Tajemnica przedsiębiorstwa Trakcja-PPMT" tj. plik ,,Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa RNC lk. 38-sig-sig.pdf" oraz wszystkie Załączniki od nr 1 do nr 9;

2. Z pliku „ODPOWIEDŹ na wezwanie TAJEMNICA-sig-sig.pdf" treść wyjaśnień z wyłączeniem informacji (nazwa kontrahenta i sprzętu) ze stron: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 30-32, 39, 41.

3. Załączniki do Wyjaśnień nr 1 - 6, nr 8, nr 11 - 13, nr 15 - 21, nr 24 – 25, 26 z wyłączeniem informacji (nazwa sprzętu), 27.

Wyjaśnienia przekazane w dniu 12.04.2023r. :

1. Z pliku „TAJEMNICA - ODPOWIEDŹ RNC-sig-sig.pdf" treść wyjaśnień z wyłączeniem informacji (nazwa kontrahenta i sprzętu) ze stron: 8, 23,28, 33, 38, 39, 58, 59,

2. Załączniki do Wyjaśnień nr 2 – 5 oraz nr 7 - 9.

Zamawiający, podobnie jak w uzasadnieniu odtajnienia informacji podanych przez Torpol, argumentował konieczność odtajnienia powyżej wymienionych dokumentów złożonych przez Odwołującego PPMT i Trakcja brakiem wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Zamawiający wskazywał, że „samo powołanie się PPM-T na ryzyko zaoferowania przez innych wykonawców w przyszłych postępowaniach niższych cen, ze względu na poznanie kalkulacji ceny oferty, nie stanowi wystarczającego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto, Wykonawca nie wskazał w uzasadnieniu, że informacje dotyczące kalkulacji ceny są unikalne, nie można więc wywnioskować, że Wykonawca zastosował metody, które ujawnione innym wykonawcom naraziłyby Konsorcjum PPM-T na szkodę. Zamawiający stwierdza zatem, że Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej kalkulacji/wyliczenia ceny.".

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący PPMT i Trakcja i wniósł odwołanie.

<u>Na podstawie powyższych ustaleń odnośnie obu odwołań, Izba zważyła, co następuje.</u>

Stosownie do art. 18 ust. 1 Prawa zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, natomiast zgodnie z ust. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. , jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może skutecznie zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykaże, że rzeczywiście jest to tajemnica przedsiębiorstwa. Składanie informacji

zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawcę jest więc obarczone sporym ryzykiem – informacja, której wykonawca nie zamierza ujawniać, może zostać odtajniona, jeżeli wykonawca nie wykaże łącznego spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się (1) informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, (2) 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, (3) o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Poniżej Izba odniosła się do argumentacji obu odwołań, przy czym rozważania o charakterze ogólnym, odnoszące się do wykładni przepisów, są wspólne dla obu odwołań.

Sygn. akt 1468/23

Nie można zaakceptować argumentacji Odwołującego Torpol, że „już sam rodzaj zastrzeżonych informacji (więc sposób wyliczenia ceny poszczególnych pozycji) uzasadnia stwierdzenie, że tego rodzaju informacje mogą mieć wartość gospodarczą". Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, to nie rodzaj informacji decyduje o konieczności zachowania jej w poufności, a skuteczne wykazanie, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tego wynika, że brak, polegający na niewykazaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, powoduje, że informacja, która faktycznie może stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, musi być przez Zamawiającego ujawniona. Podawanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest zatem dla wykonawcy ryzykowane, ponieważ nieskuteczne wykazanie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa implikuje jej ujawnienie. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi mieć świadomość tej okoliczności, ponieważ przepis art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest jasny i jednoznaczny. Trzeba również zauważyć, że w kontekście dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie można twierdzić, że ujawnienie określonych kategorii informacji (np. kalkulacji szczegółowych), podanych przez różnych wykonawców, może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, co podnosił Odwołujący w odwołaniu. Niektórzy wykonawcy mogą bowiem skutecznie wykazać, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a inni – nie (podobnie nie można twierdzić, że określone kategorie informacji – np. oferty cenowe, kalkulacje szczegółowe – Izba w swoich

orzeczeniach uznaje za zasługujące na ochronę, ponieważ każdorazowo zależy to od ustalonego stanu faktycznego).

Dlatego Izba nie stwierdziła ani naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 3, ani art. 16 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Decydujące znaczenie dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma uzasadnienie jej zastrzeżenia, które musi zawierać, zgodnie z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych „wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". To na tym etapie, nie później, wykonawca ma przedłożyć dowody, potwierdzające jego argumentację. Zamawiający, podając uzasadnienie decyzji o odtajnieniu niektórych dokumentów, przedłożonych przez Odwołującego, uznał, że wykonawca nie wykazał, że przedłożone informacje posiadają wartość gospodarczą. W takich okolicznościach w toku postępowania odwoławczego Izba badała wyłącznie, czy stanowisko Zamawiającego w zakresie odtajnienia dokumentów było prawidłowe w kontekście uzasadnienia (a przede wszystkim – wykazania) zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w aspekcie przesłanki wartości gospodarczej.

W ocenie Izby Odwołujący w odwołaniu nie polemizował skutecznie z uzasadnieniem decyzji Zamawiającego o odtajnieniu podanych przez niego informacji w zasadniczej kwestii – a mianowicie, nie przekonywał, że w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykazał skonkretyzowaną wartość gospodarczą danych informacji.

Pojęcie znaczeniowe „wartości gospodarczej" informacji jest interpretowana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w jednolity sposób. Przykładowo, „Wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 września 2019 r. sygn. akt KIO 1626/19, KIO 1628/19).

Odwołujący w odwołaniu podnosił, że „pozyskanie przez konkurencję wiedzy (…) mogłoby zostać wykorzystane w innych postępowaniach i nieść za sobą szkodę dla Odwołującego", „informacje te mają szczególne znaczenie gospodarcze", „posiadają wartość gospodarczą, przedstawiając wartość handlową bezpośrednio przez fakt, że niektóre z nich mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa", „zawierają dane pozwalające na ujawnienie zastosowanej przez wykonawcę metody kalkulacji ceny", „w zakresie, który zwyczajowo nie jest ujawniany do wiadomości konkurencji w branży budowlanej" itd. (strona 5 i nn odwołania). W ocenie Izba takie argumenty są ogólnikowe, mogłyby się odnosić do w zasadzie każdego rodzaju informacji. W ocenie Izby przytoczone wyżej w uzasadnieniu argumenty, zawarte

w pismach z dnia 6 marca 2023 r., 12 kwietnia 2023 r. i 28 kwietnia 2023 r. są na podobnym poziomie ogólnikowości.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie twierdził, że jeżeli Izba zgodziłaby się co do zasady ze stanowiskiem Zamawiającego o konieczności odtajnienia informacji, to jednak co do niektórych informacji, wymienionych we wniosku ewentualnym odwołania, kategorycznie podtrzymywał stanowisko o konieczności zachowania ich w tajemnicy. Świadczy to o stanowczym, ale subiektywnym przekonaniu Odwołującego, że te informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak zdaniem składu orzekającego Odwołujący nie wykazał, że przedmiotowe informacje faktycznie taki walor posiadają. Odwołujący nie odnosił się do konkretnych informacji, z przełożeniem na skonkretyzowaną wartość gospodarczą – przykładowo wskazując, że oferta złożona przez firmę szlifującą ma dla niego wartość rzędu X zł, ponieważ zaproponowane w niej upusty są niższe od cen rynkowych o Y% (ceny rynkowe można wykazywać np. za pomocą innych ofert, dostępnych ogółowi wykonawców czy cenników), a ujawnienie tych informacji spowoduje szkodę o wartości X zł w skali roku, ponieważ tyle wynoszą oszczędności przy realizacjach w porównaniu do potencjalnych ofert innych wykonawców, którzy nie posiadają tak korzystnych rabatów. Argumentacja Odwołującego dotycząca uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa z pisma z dnia 6 marca 2023 r. do tego zmierzała (strona 8 pisma z dnia 6 marca 2023 r., pierwszy akapit, odnoszący się do porównania cen najmu podbijarki i zgrzewarki szyn, a wykonaniem prac własnym sprzętem), jednak prawidłowo w ocenie Izby Zamawiający stwierdził, że wykonawca jednak ostatecznie nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący chociażby nie wykazał, za pomocą środków dowodowych, na czym opiera oświadczenie o poziomie cen rynkowych.

Sygn. akt 1478/23

Odwołujący PPMT i Trakcja w odwołaniu podnosił, że „Cel regulacji – zwalczanie nieuczciwej konkurencji – narzuca konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej", interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy więc interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne oceny, uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy.". Odwołujący nie ma jednak, w ocenie Izby, racji, ponieważ na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dla skuteczności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest „wykazanie" wartości gospodarczej. Dlatego samo subiektywne przekonanie wykonawcy,

że dana informacja posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa to za mało, aby uznać, że wykonawca wykazał wartość gospodarczą. Gdyby zaakceptować taką argumentację, to każdorazowo wystarczyłoby samo oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, co jednak w ocenie Izby nie jest zgodne z brzmieniem art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nakazującym „wykazanie" przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. W orzecznictwie Izby wykształcił się pogląd, że „wykazanie" to coś więcej niż uprawdopodobnienie, i jest raczej bliższe „udowodnieniu". I tak, w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2267/17, KIO 2290/17 „skład orzekający nie podziela poglądu przedstawionego przez zamawiającego, iż pojęcie użyte w art. 8 ustawy pzp tj. "wykazanie" jest równoznaczne z uprawdopodobnieniem. Bez wątpienia sformułowanie "wykazał" ma silniejszy walor informacyjny co do zgodności przedstawianej informacji z rzeczywistością niż wskazanie prawdopodobieństwa wystąpienia określonej okoliczności. Jakkolwiek pojęcie "wykazał" nie jest tożsame z pojęciem "udowodnił", to jednak jest bliższe temu ostatniemu niż pojęcie "uprawdopodobnił". Zdaniem składu orzekającego rację miał Zamawiający wskazując, że konieczność wykazania, że zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa można przyrównać do pojęcia „udowodnienia". W takiej sytuacji koniecznym jest, aby wykonawca po zastrzeżeniu danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa poparł swoje twierdzenia stosownymi dowodami – a ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Zacytowane na stronie 13 uzasadnienia pismo Odwołującego PPMT i Trakcja z dnia 6 marca 2023 r. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA" jest ogólnikowe i nie zawiera żadnych dowodów odnośnie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Załączono do niego jedynie dowody potwierdzające podjęcie kroków w celu zachowania danych informacji w poufności i dostępu do nich ograniczonego kręgu osób. Zatem trzeba było uznać, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą.

Izba stwierdziła, że brak było podstaw do wezwania Odwołującego PPMT i Trakcja na podstawie art. 223 ust. 1 Prawa zamówień publicznych „do wyjaśnienia jego oferty na podstawie tego przepisu, w zakresie kwestii szczegółowych dotyczących informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy, co do których Zamawiający powziął wątpliwości i wskazał je w treści Decyzji jako jej uzasadnienie czynności odtajnienia informacji pochodzących od Wykonawcy.". O ile generalnie, w ocenie składu orzekającego, nie ma przeszkód, aby wyjaśniać treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czy uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (wyjaśnienia treści oferty są częścią szeroko rozumianej oferty), to wyjaśniać można informacje, które są podane, ale są niejasne, czy budzą wątpliwości. Jeżeli informacji na określony temat nie ma, dopytywanie wykonawcy w tym zakresie nie byłoby

wyjaśnianiem, ale uzupełnianiem informacji, i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 Prawa zamówień publicznych).

Izba ustaliła, że Zamawiający przyjął, że nie odtajni przedłożonych przez Odwołujących ofert podwykonawców i dostawców, w których oferenci zastrzegli, że podane w tychże ofertach informacje są poufne. Do odwołania Odwołujący PPTM i Trakcja załączył takie oferty (opatrzone klauzulami poufności). Zamawiający na rozprawie podnosił, że na etapie postępowania odwoławczego są to dowody spóźnione, ponieważ należało je złożyć w ramach postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego. Skład orzekający podzielił stanowisko Zamawiającego – wykonawca chcąc skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, musi równocześnie skutecznie wykazać, że dokumenty taki walor posiadają: z przepisu art. 18 ust 3 Prawa zamówień publicznych jednoznacznie wynika, że zarówno zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i wykazanie przesłanek do takiego zastrzeżenia musi nastąpić wraz z przekazaniem informacji.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, podnoszonego w obu odwołaniach. Jak już wskazano wyżej, przepisy Prawa zamówień publicznych nie pozwalają na bezwzględną ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa, ale chronią ją jedynie warunkowo. Warunkiem jest skuteczne wykazanie przesłanek, pozwalających na ustalenie, że dana informacja rzeczywiście jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Obaj wykonawcy, wraz z przekazaniem informacji, co do których Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu w dniu 15 maja 2023 r., nie wykazali, że informacje posiadają wartość gospodarczą. Wykazanie innych przesłanek nie jest wystarczające, ponieważ przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 uznk muszą być spełnione łącznie. Wykazanie to coś więcej niż uprawdopodobnienie, samo subiektywne przekonanie wykonawcy czy jego oświadczenie w tym zakresie w ocenie składu orzekającego to za mało, aby spełnić wymóg z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……