

Sygn. akt: KIO 2794/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Członkowie: Anna Chudzik

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie, i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w

Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2794/24

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji GDDKiA Oddział w Rzeszowie, w podziale na części: Część 1 - utrzymanie dróg krajowych Rejonu

w Rzeszowie OUA Rzeszów. Część 2 - utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Przemyśle OUA Przemyśl (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 180930-2024 w dniu 26 marca 2024 r.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2024 r. poinformował wykonawcę L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie (dalej jako „odwołujący” lub „L. K.”) o odstąpieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, złożonych przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny dotyczącymi: Części 1- utrzymanie dróg

krajowych Rejonu w Rzeszowie OUA Rzeszów oraz Części 2 - utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Przemysłu OUA Przemysł.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo Handlowo Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie w postępowaniu, wobec czynności zamawiającego (tożsama czynność podjęta względem każdej z części postępowania) polegających na przyjęciu, że informacje zawarte w piśmie odwołującego z dnia 1 lipca 2024 r., zawierającym wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę L. K., tj.: załączona do wyjaśnień kalkulacja szczegółowa wraz z częścią opisową (zawartą w samej kalkulacji), zawierająca założenia do tej kalkulacji oraz nazwę/ producenta materiałów; dowody załączone do wyjaśnień w postaci zindywidualizowanych ofert złożonych odwołującemu oraz faktur za dostawę, usługi itd. realizowane przez odwołującego lub na

jego rzecz - w zakresie nazwy kontrahenta lub w sytuacji zastrzeżenia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa kontrahenta - w całości nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz art. 16 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w złożonych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego, a nadto, że ten nie wykazał, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało przez odwołującego odpowiednio wykazane, a udostępnienie części zastrzeżonych informacji byłoby przy tym działaniem nieproporcjonalnym, odnosiliby się bowiem do udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom informacji, które nie są niezbędne do zweryfikowania poprawności złożonych przez odwołującego wyjaśnień ceny.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 25 lipca 2024 r. polegającej na uznaniu, że informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnicy tej nie stanowią.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności opisał przebieg niniejszego postępowania wskazując, iż złożył ofertę w każdej z dwóch części zamówienia. Zamawiający pismami z dnia 12 czerwca 2024 r. (dwoma, każde odnoszące się do odrębnej części zamówienia) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp - wysokości zaoferowanej ceny. W dniu 1 lipca 2024 r. odwołujący złożył zamawiającemu obszerne, a przede wszystkim bardzo szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej dla każdej ze złożonych ofert (dalej „Wyjaśnienia”), przedstawiając dodatkowo szczegółową kalkulację poszczególnych pozycji rozliczeniowych przewidzianych kosztorysami ofertowymi, popartą licznymi dowodami w postaci m.in. ofert dostawców, podwykonawców, umów, zestawień sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia itp.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wezwaniem zamawiającego, rozbił wszystkie ceny jednostkowe na poszczególne składowe, odrębnie dla każdej z części zamówienia. Treść Wyjaśnień była natomiast wspólna dla wszystkich części zamówienia z uwagi na zbieżność w opisie wymogów zamawiającego oraz przyjętych pozycji rozliczeniowych (oczywiście z uwzględnieniem występujących, choć w niewielkim zakresie, odrębności). Odwołujący dokumenty składające się na Wyjaśnienia podzielił na dwie części, tj. te, które w całości mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, oraz te, które zawierają w swej treści informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa

odwołującego, wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Podkreślił przy tym, że nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów i informacji składających się na wyjaśnienia ceny, ograniczając się wyłącznie do zastrzeżenia tych dokumentów (informacji), które mają z jego punktu widzenia największą wartość gospodarczą. Przykładowo, zastrzegając treść oferty na dostawę materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, poprzestał na zastrzeżeniu nazwy oferenta (danych go identyfikujących), za jawne uznając pozostałe elementy oferty (cenę, warunki dostawy). Odwołujący wyszedł z założenia,

że rozłączenie danych identyfikujących oferenta oraz warunków, na jakich następuje ofertowanie i udostępnienie tych ostatnich pozostałym wykonawcom pozwoli na weryfikację poprawności przedstawionej przez niego kalkulacji, a jednocześnie zabezpieczy jego interes, np. wyłączając ryzyko „podkupienia” określonego dostawcy, podwykonawcy itd. Zwrócił w tym miejscu uwagę, iż ustalenie od kogo dokładnie pochodzi oferta załączona do wyjaśnień ceny jest - w kontekście celu, jakemu służą wyjaśnienia - bez znaczenia. Ważne jest bowiem wykazanie, że określony materiał, usługa jest możliwa do zakupu przez wykonawcę na określonych warunkach rynkowych, w tym za określoną cenę, a dla takiego dowodzenia bez znaczenia jest to, od kogo usługa jest kupowana. Ujawnienie danych nieistotnych dla oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny, byłaby naruszeniem zasady proporcjonalności.

Dalej argumentował, że każdy dowód przygotował w dwóch wersjach - jawnej, gdzie zaciemniono są tylko dane kontrahenta oraz objętej tajemnicą, gdzie przedstawiano całość danych (oryginalny plik), także po to by wykazać, że odwołujący nie manipuluje treścią dokumentów (jako dowód załączył przykładowe zanonimizowane przez odwołującego oferty, faktury). Zaznaczył, że ww. rozwiązanie zastosował w szczególności względem dowodów załączonych do Wyjaśnień, ograniczając się do zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyłącznie nazwy kontrahentów. Rozwiązanie to odpowiadało praktyce, jaką sam zamawiający stosował we wcześniejszych postępowaniach, np. w postępowaniu prowadzonym w 2020 r. na tożsamy przedmiot zamówienia, w którym zamawiający, choć odtajnił wyjaśnienia odwołującego, za tajemnicę uznał właśnie nazwy kontrahentów, odpowiednio anonimizując nazwy kontrahentów w udostępnianych dokumentach (dowód: pismo zamawiającego z dnia 12 października 2021 r. w sprawie

odtajnienia wyjaśnień złożonych przez odwołującego). Z kolei treść ofert internetowych, itp. dokumentów, tj. dokumentów, które nie były zindywidualizowane i dostosowane do potrzeb odwołującego, odwołujący w ogóle nie zastrzegł jako tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Od praktyki polegającej na stworzeniu jawnej i zastrzeżonej treści dokumentu przedkładanego zamawiającemu, odwołujący odstąpił

wyłącznie przy kalkulacji szczegółowej - treść tego dokumentu zastrzegając w całości, jako zbiór informacji wymagających ochrony.

Odwołujący zaznaczył, że wraz z Wyjaśnieniami przedstawił również zamawiającemu obszernie, szczegółowe i poparte dowodami uzasadnienie dla zastrzeżenia części przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa („Uzasadnienie TP”), w którym wykazano zasadność czynionego zastrzeżenia. Pismami zamieszczonymi na Platformie w dniu 25 lipca 2024 r. (dwa odrębne pisma, ale w zasadzie o tożsamej treści) zamawiający poinformował odwołującego o zamiarze odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, że w jego ocenie zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a odwołujący nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie zgadza się z taką oceną zamawiającego.

W celu uniknięcia multiplikowania zarzutów i argumentacji, odwołujący przedstawił wspólne stanowisko odnośnie pism zamawiającego odnoszących się do poszczególnych części zamówienia. Dodał ponadto, że złożenie jednego odwołania (wspólnych zarzutów i argumentacji) uzasadnione jest dodatkowo tożsamością zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji (dokumentów) w każdej części zamówienia, tożsamością argumentacji zamawiającego dla każdej części zamówienia oraz faktem, że zamawiający swoje stanowisko odnoszące się do każdej z części zamówienia przedstawił tego samego dnia.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego w pierwszej kolejności wskazał, że decyzja z dnia 25 lipca 2024 r. stanowi w dużej mierze powielenie decyzji zamawiającego z dnia 15 maja 2023 r. o odtajnieniu wyjaśnień ceny złożonych przez odwołującego w postępowaniu pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części, znak postępowania O.Rz.D-3.2421.27.2022. Co jego zdaniem wymaga jednak zasygnalizowania stan faktyczny niniejszej sprawy nie jest tożsamy ze stanem faktycznym tamtej sprawy, co powoduje, że uzasadnienie zaskarżonej czynności w pewnym zakresie pozostaje nieadekwatne do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy.

Po drugie, decyzja zamawiającego z dnia 25 lipca 2024 r. referuje tylko do niektórych okoliczności podniesionych przez odwołującego w Uzasadnieniu, co powoduje, że argumentacja zamawiającego jest wybiórcza i nie dotyka istoty niniejszej sprawy. Biorąc z kolei pod uwagę, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność w tym przypadku „odtajnienia” informacji może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przedstawione przez zamawiającego jako uzasadniające jego decyzję (por. np. wyrok KIO z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 796/20), odwołujący w

pierwszej kolejności odniósł się do argumentów, jakie zamawiający podał w decyzji z dnia 25 lipca 2024 r.

Odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał ostatni z argumentów gdzie zamawiający wskazał: (...) większość wyjaśnień i informacji zawartych w wyjaśnieniach jest analogiczna jak w wyjaśnieniach odtajnionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: Część Nr 1 Rejon w Rzeszowie OUA Dębica, znak postępowania O.Rz.D-3.2413.10.2020. oraz w postępowaniu Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i postępowania O.Rz.D-3.2421.27.2022, a zatem są to informacje jawne, stwierdzając, że ten nie polega na prawdzie i wynika, jak odwołujący może się jedynie domyślać, z braku pogłębionej analizy treści zastrzeżonych dokumentów. Odwołujący wyjaśnił, że zbieżności, o których pisze zamawiający, występują pomiędzy treścią ogólnych wyjaśnień odwołującego (plik 00_część ogólna 01 07 2024) złożonych w niniejszym postępowaniu oraz wyjaśnień składanych w poprzednich, podanych przez zamawiającego postępowaniach również określanych jako wyjaśnienia „ogólne”. Z tego względu treść powołanego pliku oraz załączników do niego (w zasadzie identycznych załączników, jak te składane zamawiającemu poprzednio, ze zmianami wynikającymi ewentualnie ze zmian, jakie w czasie nastąpiły np. w zakresie środków trwałych wykonawcy) nie została, właśnie z uwagi na ich wcześniejsze odtajnienie, objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Zastrzeżeniem tajemnicy zostały objęte wyłącznie kalkulacje szczegółowe dla poszczególnych grup prac, przy czym odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wskazał wprost: „W pierwszej kolejności, porządkowo, Wykonawca wyjaśnia, że w związku z udostępnieniem konkurencyjnym wykonawcom wyjaśnień odnoszących się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej przygotowanych przez Wykonawcę na potrzeby wcześniejszych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, Wykonawca niniejszym nie zastrzega informacji już wcześniej udostępnionych (np. Wyjaśnienia - część ogólna wraz z załącznikami) lub względem części załączników do Wyjaśnień przygotował je z góry w taki sposób by mogły one stanowić przedmiot udostępnienia (np. przeprowadzając stosowną anonimizację danych osobowych pracowników przy przekazywanych umowach o pracę)”.

Odwołujący ponownie przypomniał, że przedmiotem zastrzeżenia są wyłącznie kalkulacje szczegółowe, opracowane obecnie według odmiennej metodologii niż wyjaśnienia składane w latach ubiegłych oraz wybrane dowody do tej kalkulacji (...). Kalkulacje szczegółowe w kształcie, w jakim zostały przedstawione zamawiającemu, zostały mu przedstawione po raz pierwszy. Wobec (1) odtajnienia wcześniejszych wyjaśnień, (2)

konieczności przedstawienia zamawiającemu informacji o materiałach, jakie są przyjęte do wyliczenia poszczególnych cen oraz (3) wejścia przez odwołującego w posiadanie dodatkowych danych odnoszących się do realizowanych

kontraktów, odwołujący opracował bowiem nową metodologię wyliczania ceny oraz prezentacji danych zamawiającemu. Wykonawca w zakresie ostatnich z podnoszonych tu kwestii, wyjaśnił: „Co istotne, te wszystkie założenia zostały opracowane na nowo w oparciu o kontrakty realizowane przez Wykonawcę w oparciu o nową formułę kontraktów utrzymaniowych. Składając Zamawiającemu wyjaśnienia RNC w 2023 r. Wykonawca dysponował danymi tylko z dwóch kontraktów realizowanych w nowej formule (formuła na zlecenie z gwarantowanym zakresem prac ZUD oraz Zarządzaniem kontraktem, zamiast zlecenia kompleksowego) i to tylko z kilku miesięcy. Obecnie Wykonawca ma dane z dwóch kontraktów z prawie dwóch lat oraz z kolejnych czterech z niepełnego roku. Dane te pozwoliły lepiej zidentyfikować koszty ponoszone przez Wykonawcę oraz przypisać je do poszczególnych pozycji rozliczeniowych w sposób bardziej adekwatny. Dane te pozwoliły Wykonawcy również zweryfikować, czy stosowane rozwiązania organizacyjne przynoszą założone rezultaty przy zmienionym modelu kontraktu. Wykonawca mógł też lepiej zidentyfikować ryzyka właściwe dla takiego rozwiązania”. Zdaniem odwołującego powyższe dowodzi, iż nie zachodzi tożsamość pomiędzy kalkulacjami szczegółowymi złożonymi zamawiającemu w 2021 r. i 2023 r., a kalkulacjami przedstawionymi obecnie. Być można stosowana tu przez odwołującego terminologia wywołała błędne wrażenie po stronie zamawiającego, jednak uważna lektura Uzasadnienia oraz treści zastrzeganych dokumentów jednoznacznie wskazuje na odrębności pomiędzy dokumentami zastrzeganyymi obecnie i poprzednio.

Również dowody załączone do Wyjaśnień są dowodami nie udostępnianymi zamawiającemu wcześniej - odwołujący pozyskał szereg ofert dedykowanych do tego postępowania oraz uzupełnił je dowodami w postaci faktur za zakupy realizowane bezpośrednio przed złożeniem oferty. Z uwagi na daty wytworzenia dokumentów, o których mowa, nie mogły być one przedłożone zamawiającemu, ani w 2021 r., ani w 2023 r. Odwołujący odmiennie niż w latach ubiegłych, nie zastrzegł treści całych dokumentów, a jedynie dane identyfikujące kontrahentów, zgodnie z wcześniejszą praktyką zamawiającego. Podsumowując, odwołujący wskazał, że informacje które stały się jawne wobec wcześniejszych decyzji zamawiającego i rozstrzygnięć KIO, nie objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący przypomniał także, że zamawiający uznając, że zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazał również, że: „W ocenie Zamawiającego za wykazanie przesłanek nie mogą zostać uznane ogólne stwierdzenia stanowiące między innymi że: „(...) Zastrzegana kalkulacja szczegółowa jest więc kompletnym zbiorem

informacji o tym, jakie koszty ponosi Wykonawca w związku z realizowanymi zamówieniami oraz o tym, w jaki sposób Wykonawca kalkuluje w związku z tym ceny ofertowe dla wszystkich kolejno składanych przez siebie ofert dla zamówień o nowym modelu rozliczeń (jakie koszty wiąże z realizacją danego zakresu prac, w jaki sposób Wykonawca ustala te koszty, jaką przyjmuje czasochłonność czynności wycenianych, jak ocenia ilości prac koniecznych do wykonania w ramach tego typu kontraktów, jak szacuje ryzyko, jak szacuje zysk itd.). (...)”, czy też że: „(...) Kalkulacja obrazuje także, w jaki sposób Wykonawca szacuje ryzyka i ustala marżę oraz jak koszty te przypisuje do poszczególnych pozycji rozliczeniowych. Wreszcie kalkulacja pokazuje również, jakie koszty Wykonawca ponosi, realizując określone prace czy wykonując określone usługi(...)”. Deklaracji takich nie sposób uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu nie wyjaśnili Państwo, które dokumenty i dowody pozwalają na zweryfikowanie prawdziwości twierdzeń. Stwierdzenie zamawiającego uzasadniające odtajnienie Wyjaśnień jest całkowicie niezrozumiałe. Nie sposób ustalić, jakich dowodów i dokumentów oczekuje zamawiający od odwołującego na potwierdzenie, że zastrzegana kalkulacja szczegółowa jest „kompletnym zbiorem informacji o tym, jakie koszty ponosi wykonawca w związku z realizowanymi zamówieniami”, „jaką przyjmuje czasochłonność czynności wycenianych”, „jak ocenia ilości prac koniecznych do wykonania w ramach tego typu kontraktów”, „jak szacuje ryzyko, jak szacuje zysk itd.”. O tym, że kalkulacja zawiera tego typu informacje świadczy jej treść, która jest zamawiającemu znana. Odwołujący w tym miejscu zadał pytanie jak miałby w inny sposób wykazać, że prawdziwe jest twierdzenie o tym, że zastrzegana kalkulacja zawiera określony rodzaj informacji, niż poprzez przedstawienie zamawiającemu kalkulacji o takiej właśnie treści.

Dalej odwołujący przytoczył część argumentacji zamawiającego, którą w jego ocenie można sprowadzić do stwierdzenia: „W kalkulacjach szczegółowych Wykonawca nie przedstawił nic innego, jak tylko właśnie kalkulacje zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, co podważa obiektywną wartość gospodarczą ujętych w niej informacji. Wykonawca nie wykazał jakoby sporządzone przez niego kalkulacje wraz z założeniami posiadały obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób bowiem uznać, że na skutek ujawnienia danych ujętych w kalkulacji szczegółowej wraz z założeniami, mogłoby dojść do zmniejszenia jego szans na złożenie najkorzystniejszej oferty w kolejnych postępowaniach. Według Zamawiającego mało prawdopodobne jest by jakikolwiek inny Wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowana jest w zależności od dostępnych dla każdego z Wykonawców zasobów i warunków realizacji danego zamówienia”. Odnosząc się do tego stwierdzenia odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że w niniejszym postępowaniu poza odwołującym oferty złożyło jeszcze sześciu (część 1) oraz pięciu (część 2) wykonawców. Znamienne przy tym jest to, że w obu

częściach, z uwagi na zaoferowaną cenę, oferta odwołującego klasyfikuje się na drugiej pozycji listy rankingowej, za ofertą firmy ZABERD Sp. z o.o. W przypadku części 1 zamówienia ceny ofert odwołującego i firmy ZABERD Sp. z o.o. kształtują się następująco: odwołujący - 113 845 453,88 zł., ZABERD Sp. z o.o. - 113 651 984,23 zł. Oferta firmy ZABERD Sp. z o.o. jest niższa od oferty odwołującego o 193 469,65 zł., co stanowi mniej niż 0,16 %. Różnica jest więc w zasadzie minimalna. Zaznaczył, że takie różnice pomiędzy ofertami wykonawców występują na rynku wyjątkowo rzadko. Z kolei w przypadku części 2 ceny wykonawców kształtują się następująco: odwołujący - 194 902 877,99 zł., ZABERD Sp. z o.o. - 191 115 029,00 zł. Oferta firmy ZABERD Sp. z o.o. jest niższa od oferty odwołującego o 3,7 mln zł., co stanowi ok 1,9 % i co również jest niewielką różnicą. W obu częściach zamówienia oferty innych wykonawców są dużo droższe od wskazanych tu ofert - różnice sięgają kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu milionów złotych. Tak niewielka różnica jest zastanawiająca, zwłaszcza jeśli uwzględni się różną specyfikę wskazanych tu firm oraz okoliczność, iż w innych, podobnych postępowaniach oraz w tym postępowaniu, ale pomiędzy ofertami innych wykonawców, różnice są

zdecydowanie większe.

Jednocześnie odwołujący wskazał, że już po złożeniu Wyjaśnień wszedł w posiadanie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZABERD Sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w innym, podobnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w postępowaniu pn. „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi wraz ze wszystkimi elementami na drodze ekspresowej S8 na odcinku od km 324+772 do km 408+805” (Zamawiający: GDDKiA Oddział Łódź). Wskazane wyjaśnienia są w istotnej części zastrzeżone przez ZABERD Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa (z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, że zastrzeżenie to zostało ocenione przez GDDKiA Oddział Łódź jako skuteczne, mimo iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy tego wykonawcy odwołuje się do argumentów zbliżonych do tych podnoszonych przez odwołującego, choć samo uzasadnienie jest dużo bardziej ogólne), a co za tym idzie odwołujący nie mógł prześledzić całości tych wyjaśnień. Jednak już część jawna tych wyjaśnień zdaje się sugerować, że ZABERD Sp. z o.o. zaczerpnął część swoich wyjaśnień z wyjaśnień składanych w 2023 r. przez odwołującego zamawiającemu w postępowaniu pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części, znak postępowania O.Rz.D-3.2421.27.2022. Fragmenty wyjaśnień ZABERD Sp. z o.o. stanowią dosłowne cytaty lub co najmniej parafrazy z wyjaśnień opracowanych przez odwołującego w 2023 r. i co najważniejsze taka

argumentacja nie była zawarta w wyjaśnieniach składanych przez firmę ZABERD Sp. z o.o. w postępowaniach mających miejsce przed udostępnieniem temu wykonawcy wyjaśnień odwołującego z 2023 r. (jako dowód odwołujący załączył do odwołania zestawienie fragmentów wyjaśnień złożonych przez odwołującego zamawiającemu w 2023 r. oraz wyjaśnień złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. w lutym 2024 r. dla GDDKiA Oddział Łódź). Odwołujący zaznaczył, że nie ma możliwości porównania całej treści wyjaśnień złożonych przez ZABERD Sp. z o.o. GDDKiA Oddział Łódź z treścią swoich wyjaśnień (z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy), nie może również zweryfikować, czy założenia przyjęte przez ZABERD Sp. z o.o. do wyjaśnień złożonych zamawiającemu - GDDKiA Oddział Rzeszów w niniejszym postępowaniu są i ewentualnie, w jakim zakresie zbieżne z treścią wyjaśnień opracowanych i złożonych przez odwołującego w 2023 r., jednak tą ostatnią okoliczność winien przeanalizować zamawiający. Podobnie zamawiający winien sprawdzić, czy wyjaśnienia firmy ZABERD Sp. z o.o. są jedynymi wyjaśnieniami „inspirowanymi” wyjaśnieniami odwołującego z 2023 r. i czy nie jest przypadkiem tak, że większa liczba wykonawców składających wyjaśnienia w niniejszym postępowaniu oparła się na wyjaśnieniach ceny opracowanych przez odwołującego w 2023 r. Jednak już sama okoliczność, że część wyjaśnień ceny odwołującego wskazujących na opracowaną przez odwołującego metodologię organizacji pracy na kontraktach, służącą optymalizacji kosztów oraz metodologię przypisywania kosztów wspólnych do różnych pozycji rozliczeniowych została przez wykonawcę ZABERD Sp. z o.o. przyjęta do jego wyjaśnień ceny, w powiązaniu z bardzo zbliżoną wyceną ofert firmy ZABERD Sp. z o.o. prawdopodobnym czyni twierdzenia zawarte w Uzasadnieniu TP odnośnie tego, że ujawnienie zastrzeganych informacji utrudnia odwołującemu konkurowanie na rynku zamówień tego typu.

Następnie odwołujący przypomniał stwierdzenie zamawiającego: „Według Zamawiającego mało prawdopodobne jest by jakikolwiek inny Wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowana jest w zależności od dostępnych dla każdego z Wykonawców zasobów i warunków realizacji danego zamówienia (...) Każdy z wykonawców ma swoją określoną sytuację i warunki prowadzenia przedsiębiorstwa i w ocenie Zamawiającego nie są to sytuacje i warunki między przedsiębiorcami tożsame”. Co za tym idzie, każdy wykonawca kalkuluje cenę oraz czyni założenia co do sposobu planowania pracy w celu realizacji zamówienia z uwzględnieniem własnej sytuacji, a nie warunków w jakich działa konkurent. Twierdzenie zamawiającego jest słuszne i powinno być dokładnie tak, jak pisze zamawiający. Jednak jak pokazują załączone do niniejszego odwołania wyciągi z wyjaśnień, część założeń odwołującego została przyjęta przez innego wykonawcę, mimo różnic występujących między tymi podmiotami i to skutecznie, skoro

wyjaśnienia ZABERD Sp. z o.o. zostały przez GDDKiA Łódź przyjęte (oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza) i to mimo różnic, jakie niewątpliwie występują pomiędzy postępowaniem prowadzonym przez GDDKiA Łódź, a niniejszym postępowaniem, czy postępowaniem prowadzonym przez zamawiającego w 2023 r.

Zamawiający wskazał również, że: „Wykonawca nie udowodnił również, że jego ceny zaoferowane przez podwykonawców są na szczególnie niskim poziomie a podwykonawcy ci posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko Wykonawca może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji negocjacji cen oferowanych przez podwykonawców na rynku, przykładowo, że ceny oferowane przez te podmioty są na wyjątkowo niskim poziomie pozwalającym uzyskać przez Wykonawcę przewagę konkurencyjną”. Odnosząc się do tego stwierdzenia przypomnieć należy, że informacja o tym, jaka jest cena zakupu określonego materiału oraz jaka jest oferowana przez podwykonawcę, dostawcę cena nie jest przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa (ta część dowodów jest jawna). Te informacje są jawne i poddają się kontroli ze strony innych wykonawców. Odwołujący zastrzegł wyłącznie jako tajemnicę przedsiębiorstwa kalkulację szczegółową, jako zbiór pewnych informacji, gdzie ze względów wyłącznie technicznych trudno byłoby wyodrębnić informację o cenie zakupu materiału, usługi i ją odtajnić. Fizyczne odtajnienie fragmentu kalkulacji zawierającego cenę zakupu nic do niniejszej sprawy nie wnosi, skoro tą informację wykonawcy już posiadają na podstawie innych, jawnych dokumentów.

Kolejno zamawiający wskazuje: „również informacje w zakresie zasobów posiadanych przez Wykonawcę nie stanowią zdaniem Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorcy. Wykonawca nie wykazał, że opisany stan posiadania wyróżnia go na rynku a ujawnienie tych informacji mogłoby narazić go na szkodę”. Stan posiadania wykonawcy nie jest również przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dokumenty odnoszące się do tych okoliczności są zawarte w części 00 ogólne oraz np. Grupa 10B ZUD i są jawne (z wyłączeniem danych osobowych pracowników). Ta część

uzasadnienia zamawiającego nie odnosi się więc do sytuacji, jaka ma miejsce w niniejszej sprawie, w szczególności nie koresponduje z treścią dokumentów faktycznie zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Jedyne uzupełniając, odnosząc się do argumentacji zamawiającego odnotować należy, że przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest cena zaferowana przez odwołującego - cena całej oferty, jak i załączone do oferty kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe lub odpowiednio ceny za poszczególne elementy rozliczeniowe są jawne. Przedmiotem zastrzeżenia ze strony odwołującego są informacje zawarte w kalkulacjach szczegółowych poszczególnych

cen jednostkowych. Podkreślił przy tym, iż użycie przez zamawiającego określenia „kalkulacja szczegółowa” jest w tym przypadku jak najbardziej zasadne - odwołujący w odróżnieniu od większości wykonawców, którzy zazwyczaj składają wyjaśnienia ceny w tego typu postępowaniach prowadzonych przez tego zamawiającego nie poprzestał na przedstawieniu prostego rozbicia cen jednostkowych na składowe: koszty robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, koszty pośrednie, zysk, lecz przedstawił szczegółową informację odnośnie tego, w jaki sposób każda z tych składowych została wyliczona, przy jakich założeniach, przy wykorzystaniu jakich zasobów ludzkich i sprzętowych itd. Wobec treści wezwania do złożenia wyjaśnień odwołujący uzupełnił tak sporządzoną kalkulację o informację o rodzajach i producentach materiałów, podając w Uzasadnieniu TP dodatkową argumentację potwierdzającą, że uzupełnienie kalkulacji szczegółowej o te informacje dodatkowo powoduje wzrost wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Do kwestii tej zamawiający w ogóle nie odnosi się w zaskarżonej decyzji z 25 lipca 2024 r.

Odwołujący dodał, że cena zaferowana przez odwołującego rzeczywiście dotyczy tego konkretnego zamówienia (tego konkretnego postępowania), jednakże kalkulacja ceny, co szczegółowo przedstawiono i wyjaśniono w Uzasadnieniu TP, opiera się na założeniach do kalkulowania wspólnych dla wszystkich postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o które ubiega się odwołujący, zmieniony w bieżącym roku z uwagi na okoliczności opisane szerzej powyżej. O ile więc prawdą jest, że dla potrzeb każdego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi przygotować zindywidualizowaną, „dopasowaną” do wymogów SWZ kalkulację ceny, o tyle zasadne jest stanowisko prezentowane przez odwołującego, że pewne założenia do kalkulacji, pewne rozwiązania czy metody redukcji kosztów stosowane przez wykonawcę są wspólne dla wielu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o zbliżonym przedmiocie i stanowią jego know - how wypracowaną na przestrzeni wielu lat prowadzonej działalności gospodarczej. Zamawiający, który w okresie od 2020 r. do 2024 r., w trzech kolejno prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie podobnych zamówień, otrzymał od odwołującego kolejno trzy wyjaśnienia ceny, nie powinien mieć większych trudności w potwierdzeniu tego, że szereg założeń do kalkulacji w każdym z tych wyjaśnień/ postępowania było takich samych. Twierdzenia odwołującego nie są więc gołosłowne.

Następnie odwołujący odniósł się do argumentacji, jaką podnosił przy poprzednim odtajnieniu jego wyjaśnień ceny: „w niniejszej sprawie nie chodzi przy tym tylko i wyłącznie o odtworzenie przez konkurentów metodologii wyliczenia ceny ofertowej w celu zastosowania jej we własnej kalkulacji ceny (choć w ocenie Odwołującego ze względów podanych

w Zastrzeżeniu i niniejszym odwołaniu poniżej i taka sytuacja może mieć miejsce), ale przede wszystkim o przewidzenie strategii cenowej Odwołującego. Szereg kosztów, czemu Odwołujący nie przeczy, może być zbliżona u wykonawców, a co za tym idzie w wielu przypadkach walka konkurencyjna opiera się na minimalizacji zysku, czy wyceny ryzyka. Wiedząc na podstawie kolejno składanych wyjaśnień, jak kształtuje się poziom kosztów konkurenta (który można „uaktualniać” w oparciu o znane zmienne rynkowe) i jak wycentrować on ryzyko, można ustalić, jakiego zysku będzie oczekiwał konkurent i właśnie zmniejszając poziom własnego zysku, pozyskać zamówienie. Obawy, które prezentował odwołujący w poprzednim postępowaniu, w niniejszym postępowaniu po części się spełniły. Ranking ofert w niniejszym postępowaniu pokazuje, jak trudno zachować odwołującemu konkurencyjność

w sytuacji, gdy jego kolejne wyjaśnienia ceny są udostępniane konkurencyjnym wykonawcom, a ich treść jest przez tych wykonawców w części kopiowana”. Podkreślił przy tym, że wszystkie powyższe argumenty odwołujący zawarł w Uzasadnieniu TP, lecz zamawiający, zdaniem odwołującego, nie dokonał ich właściwej oceny, istotnie upraszczając zasygnalizowane przez odwołującego problemy związane z udostępnieniem konkurencyjnym wykonawcom szczegółowych danych, zbieranych przez odwołującego przez lata prowadzonej przez niego działalności i wykorzystywanych do kalkulowania cen w każdym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stanowisko zamawiającego zdaje się sugerować, że opracowywane przez odwołującego latami, na podstawie doświadczeń i zbieranych informacji, zasady kalkulacji ceny ofertowej nie mają żadnej wartości z racji tego, że konkurencyjni wykonawcy nie mogą ich prosto zastosować w swojej działalności. Takie podejście do omawianej kwestii przeczy sytuacji, z jaką mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ale i dorobkowi orzecznictwa sądów wypracowanego na gruncie przepisów uznk czy ustawy Pzp, które wręcz tradycyjnie tego typu informacje uznają za know - how podlegające ochronie, bez konieczności wykazywania ich unikatowości, oryginalności, czy konkretnej wartości. Nie liczy się bowiem to, czy metodologia kalkulacji ceny (w tym minimalizacji kosztów) ma charakter unikalny, oryginalny (niespotykany na rynku), a to, że jest stosowana przez konkretnego wykonawcę w określonych rodzajach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w świetle zasad doświadczenia życiowego może mieć dla niego wartość gospodarczą.

Zamawiający, w decyzji z dnia 25 lipca 2024 r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa kilkakrotnie wskazuje na brak „udowodnienia” przez niego, iż uzyskane od dostawców czy usługodawców ceny są „szczególnie niskie”, że „podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby”, co powoduje, że odwołujący nie może współpracować z innymi, że „istnieje agresywna sytuacja

negocjacyjna”, jednakże okoliczności te są w kontekście Uzasadnienia TP przedstawionego przez odwołującego nieistotne dla oceny, czy zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie ma obiektywnie

możliwości wykazać, że jego ceny są wyjątkowo niskie, bo nie ma publikacji określających ceny „rynkowe” (średnie) dla takich usług, a odwołujący nie zna cen konkurentów, ale jak wskazano powyżej wartość takiej informacji odwołujący wywodzi przede wszystkim z powiązania ceny z jego osobą. Odwołujący nie może również udowodnić, że jego podwykonawcy mają unikalne zasoby i odwołujący nie może współpracować z innymi podmiotami – w większości przypadków zapewne możliwe byłoby bowiem nawiązanie współpracy z innymi podmiotami, jednak – co również jego zdaniem zostało szczegółowo wyjaśnione w Uzasadnieniu TP – odwołujący podejmując się współpracy z nowym dostawcą lub podwykonawcą musiałby ponieść koszty jego wyszukania na rynku, weryfikacji jego zdolności, prowadzenia z nim rozmów, a wreszcie liczyć się z ryzykiem, że współpraca z danym podmiotem nie będzie układała się pomyślnie i wykonawca będzie musiał ponosić dodatkowe koszty (np. zmiany podwykonawcy w trakcie wykonywania robót, kar umownych, opóźnień, koszty dochodzenia roszczeń od podwykonawcy). Okoliczność, że tych wszystkich kosztów odwołujący nie ponosi (bo poniósł je wcześniej) jest wystarczająca do przyjęcia, że dzięki takim informacjom odwołujący ma przewagę konkurencyjną, a więc informacje te mają wartość gospodarczą.

Podsumowując tą część rozważań odwołujący stwierdził, że zamawiający, zastanawiając się ogólnie sformułowanym zarzutem „nie wykazania” pewnych okoliczności przez odwołującego, nie odnosi się w istocie do decyzji z dnia 25 lipca 2024 r. do argumentów, jakie zostały podniesione przez odwołującego w Uzasadnieniu TP i przede wszystkim nie konfrontuje ich z treścią zastrzeganych informacji. Powołując się na odstąpienie wyjaśnień złożonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie dostrzega różnic pomiędzy wyjaśnieniami złożonymi poprzednio i obecnie oraz nie zastawia się, o czym mowa była powyżej, jak zbieżności pewnych elementów mogą zmienić sytuację rynkową wykonawcy, wskazując na wzór jego postępowania. Takie działanie, w ocenie odwołującego, jest nieprawidłowe. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, W istocie nie wydaje się uzasadnionym wymaganie od wykonawcy wykazania dowodami oddzielnie każdej z przesłanek. W szczególności, że w przypadku przesłanki dotyczącej rodzaju informacji oraz przesłanki ujęcia danych w całości lub w unikalnym zbiorze, obiektywnej oceny ich spełnienia zazwyczaj można dokonać poprzez weryfikację rzeczowego i wiarygodnego oświadczenia wykonawcy – szczegółowo odnoszącego się do charakteru informacji, w korelacji z samą informacją i sposobem jej przedstawienia. (tak KIO w wyroku z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2781/20). Podobne stanowisko Izba zajęła również w wyroku

z dnia 26 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 902/21. Wskazane orzeczenia Izby potwierdzają zdaniem odwołującego, że gdy mowa przede wszystkim o wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji wykonawcy mogą poprzestać na przedstawieniu szczegółowego, rzetelnego wyjaśnienia

w zakresie okoliczności, które przesądzą o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co odwołujący w niniejszej sprawie uczynił. W ślad za tym zamawiający może przyjąć,

że wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganej informacji tylko w tych przypadkach, gdy brak jest takiego rzetelnego wyjaśnienia (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie) lub wyjaśnienie przedstawione przez wykonawcę, oceniane z uwzględnieniem doświadczenia życiowego i zasad logiki oraz w korelacji z zastrzeganiem informacji jest nieprzekonywujące. Zamawiający twierdząc jednak, że dane wyjaśnienie jest nieprzekonywujące powinien jednoznacznie wskazać, jakie względy przesądziły o takiej ocenie.

W niniejszej sprawie, zamawiający zdaje się zmierzać w drugim ze wskazanych kierunków, jednakże przedstawiona przez niego argumentacja referuje jedynie do części przedstawionego przez odwołującego Uzasadnienia TP (zamawiający nie odniósł się do istotnej części argumentów podniesionych w Uzasadnieniu TP, co zdaje się potwierdzać, że ich nie kwestionuje), a argumenty podniesione przez zamawiającego, po ich bliższej analizie, okazują się nielogiczne, nie uwzględniające realiów rynkowych i oderwane od argumentów samego odwołującego i rodzaju (w tym stopnia szczegółowości) zastrzeganych przez niego informacji. Powyższe, w ocenie odwołującego, potwierdza, że ocena charakteru informacji zastrzeżonych przez odwołującego dokonana przez zamawiającego była nieprawidłowa, a w ślad za tym została dokonana z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania.

Odwołujący przypomniał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnej i ustawodawca w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazał od niej wyjątek, związany właśnie z przedstawieniem zamawiającemu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Wyjątek ten, gdyby przyjął stanowisko zamawiającego, byłby w zasadzie iluzoryczny, a sam przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp stanowiłby martwa regulacja. Okazuje się bowiem, że z jednej strony zamawiający, w ślad za orzecznictwem Izby, stawiają coraz dalej idące wymagania względem wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, oczekując przedstawiania przez wykonawców coraz bardziej szczegółowych informacji odnoszących się do działalności wykonawców, ponoszonych przez nich kosztów i sposób ustalania przez

nich cen oferowanych zamawiającym, a jednocześnie z góry zakładają, że takie informacje – skoro mają wskazywać na sposób kalkulacji ceny ofertowej dla konkretnego postępowania – niejako z założenia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Stanowisko to jest wewnątrznie sprzeczne i całkowicie oderwane od realiów obrotu gospodarczego, w tym także od ukształtowanego z uwzględnieniem tych realiów orzecznictwa. W tym kontekście odwołujący odwołał się do wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt: X Ga 76/15, w którym zwrócono uwagę, że celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, a jednym ze sposobów na osiągnięcie tego celu jest wypracowywanie odpowiednich, racjonalnych zasad kalkulacji cen ofertowych. W ocenie Sądu: „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych – know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. 11 rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania

produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności". Sąd podniósł w tym kontekście, że uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego. Odwołujący, składając Wyjaśnienia, udostępnił zamawiającemu właśnie taki pakiet informacji i właśnie z uwagi na charakter tego pakietu informacji, zasługuje on na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, prezentując swoją argumentację w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym z 27 sierpnia 2024 r.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania, po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Kobierzycach (dalej jako „przystępujący”).

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z 26 sierpnia 2024 r. wskazując, że w jego ocenie niniejsze odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu

się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem pisemnym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył oferty w postępowaniu, na obie części zamówienia, i ubiega się o to zamówienie. Wykonawca może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, gdyż odtajnienie prawidłowo zastrzeżonych dokumentów stanowiących wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp może w przyszłości osłabić jego pozycję konkurencyjną w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazać przy tym należy, że w przypadku czynności polegającej na odtajnieniu informacji, szkoda wykonawcy ma ze swej natury charakter hipotetyczny, a interes w uzyskaniu zamówienia można przypisać każdemu wykonawcy deklarującemu zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, względem którego zamawiający niewłaściwie zastosował przepisy ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego i zamawiającego, załączone do odwołania oraz przedłożone na rozprawie na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w SWZ jest: Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji GDDKiA Oddział w Rzeszowie, w podziale na części: Część 1 - utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie OUA Rzeszów. Część 2 - utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Przemyślu OUA Przemyśl. Odwołujący złożył oferty w każdej z dwóch części postępowania (części zamówienia).

Zamawiający pismami z dnia 12 czerwca 2024 r. (każde odnoszące się do odrębnej części zamówienia) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wysokości zaoferowanej ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał, że oczekuje złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny. Ostateczny termin na złożenie wyjaśnień został wyznaczony na dzień 1 lipca 2024 r.

W dniu 1 lipca 2024 r. wykonawca L. K. złożył zamawiającemu wyjaśnienia odnoszące się do sposobu wyliczenia przez niego ceny ofertowej dla każdej ze złożonych ofert (dalej „wyjaśnienia RNC”), załączając do złożonych wyjaśnień RNC szczegółowe kalkulacje oraz dowody w postaci m.in. ofert dostawców, podwykonawców, umów, zestawień sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia itp.

Odwołujący, wraz ze złożonymi wyjaśnieniami, działając na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp zastrzegł niektóre informacje jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa i wskazał, że te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom: (a) załączoną do wyjaśnień kalkulację szczegółową wraz z częścią opisową (zawartą w samej kalkulacji), zawierającą założenia do tej kalkulacji oraz nazwę/ producenta materiałów; (b) dowody załączone do wyjaśnień w postaci zindywidualizowanych ofert złożonych wykonawcy oraz faktur za dostawy, usługi itd. realizowane przez wykonawcę lub na jego rzecz - w zakresie nazwy kontrahenta lub w sytuacji zastrzeżenia treści oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa kontrahenta - w całości, stanowiących odpowiedź na Wezwanie RNC. Przedmiotowe zastrzeżenie uzasadnił, wskazując na szczególności na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

Zamawiający pismem z dnia 25 lipca 2024 r. (dla każdej z części odrębnie) poinformował odwołującego, że jego zdaniem

- 1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,
- 2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także posiadanie wartości gospodarczej przez tą informację.

Mając na uwadze treść przywołanych wyżej przepisów Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie sposób podzielić zastrzeżeń odwołującego i zarzutów stawianych zamawiającemu w zakresie, w jakim twierdzi, że decyzja zamawiającego z dnia 25 lipca 2024 r. referuje tylko do niektórych okoliczności podniesionych przez odwołującego w Uzasadnieniu TP, co w konsekwencji miało powodować,

że argumentacja zamawiającego jest wybiórcza, nie dotyka istoty sprawy, a to w konsekwencji miało mieć ten skutek, iż podjęta przez zamawiającego czynność odtajnienia zastrzeżonych informacji - jest nieprawidłowa. Z takimi twierdzeniami nie sposób się zgodzić.

Wbrew sformułowanym przez odwołującego zarzutom, treść pism skierowanych do niego z dnia 25 lipca 2024 r., informujących o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji i dokumentów wskazuje bezspornie, że zamawiający faktycznie oceny w tym zakresie dokonał. Zamawiający precyzyjnie i jednoznacznie wskazał, które z zastrzeżonych przez odwołującego informacji uznał za jawne i nieobjęte tajemnicą przedsiębiorstwa, podając jednocześnie uzasadnienie faktyczne, jak i prawne dokonywanej przez siebie czynności. Treść uzasadnienia zawiera zarówno opis stanu faktycznego, poprzez wskazanie czynności odwołującego, która została poddana badaniu przez zamawiającego, wskazaniu jakie przepisy mają w niniejszej sprawie zastosowanie, w końcu także odniesienie się do każdego rodzaju dokumentów, które zostały przez wykonawcę L. K. zastrzeżone i wskazanie z jakich powodów zastrzeżenie takie nie może zostać uznane za skutecznie dokonane.

Izba nie kwestionuje poglądów przywoływanych przez odwołującego, który powołuje się na tezy zawarte w wyroku z KIO z dnia 6 lipca 2020 r. o sygn. akt KIO 796/20, w którym Izba w istocie zwróciła uwagę, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących daną czynność zamawiającego dokonuje się w zakresie tych okoliczności, które stanowią podstawę decyzji zamawiającego, a ta z kolei przedstawiana jest przez niego w piśmie kierowanym

do wykonawcy, to jednak w przypadku gdy zamawiający dokonuje czynności polegającej na odtajnieniu informacji tj. decyduje, że określone informacje, w zakresie których wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, zostaną przez zamawiającego udostępnione

- uzasadnienie takiej decyzji sprowadza się do wskazania jaki zakres informacji zamawiający zamierza odtajnić oraz, z jakich powodów zamawiający uznał, że w zakresie danej informacji nie zostało wykazane istnienie okoliczności określonych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 uznk. Już to tylko stanowi realizację obowiązku wynikającego z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp i wyrażonej w nim zasady przejrzystości. Stopień szczegółowości i obszerności takiego uzasadnienia winien być adekwatny do tego jaka jest treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzonego i złożonego w postępowaniu przez wykonawcę, ale nie odniósł się w sposób wystarczająco szczegółowy czy to do każdego argumentu podnoszonego w takim uzasadnieniu. W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby, przekazana odwołującemu treść pism z 25 lipca 2024 r. wymagania powyższe spełnia.

Podkreślić w tym miejscu także należy, na co wielokrotnie zwracała uwagę Izba w swoich orzeczeniach, co wynika także z licznych orzeczeń sądów okręgowych, iż tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, powinna być

interpretowana w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Aby było to możliwe to na wykonawcę zastrzegającego informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa nałożono ciężar wykazania, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zamawiający w istocie dokonuje stosowanego badania w tym zakresie i przekazuje swoją decyzję wykonawcy, nie można jednak stawiać zamawiającemu wymagań i czynić zarzutów, że nie odniósł się w sposób wystarczająco szczegółowy czy to do wszystkich podnoszonych przez wykonawcę argumentów czy też, że nie powiązał określonej argumentacji z konkretną, zastrzeżoną informacją, gdyż to nie po stronie zamawiającego leży ciężar wykazania wszystkich okoliczności opisywanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponownie należy wskazać, że to po stronie wykonawcy zastrzegającego informacje istnieje obowiązek wykazania, że dana informacja jest tajemnicą jego przedsiębiorstwa. Warto w tym miejscu powtórzyć za bogatym w tym zakresie orzecnictwem, że obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz powoływanie się na bogate orzecznictwo Izby i sądów powszechnych dotyczące tej materii. Ocenie zamawiającego podlegać powinna również okoliczność, czy wykonawca zastrzegający dane informacje przedstawił dowody na potwierdzenie tez zawartych w uzasadnieniu zastrzeżenia (tak: Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w Wyroku z dnia 24 listopada 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 102/23). Zdaniem składu orzekającego odwołujący swoim obowiązkiem w tym zakresie nie sprostował. Jak trafnie wskazuje zamawiający w piśmie z dnia 25 lipca 2024 r., informującym wykonawcę L. K. o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji nie wykazał on, że zastrzeżone przez niego dokumenty zasługują na ochronę w świetle art. 11 ust. 2 uznk.

Treść dokumentu pn. Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bowiem zbyt ogólnikowa i lakoniczna, by możliwe

było wywiedzenie zaistnienia powołanych przesłanek w przedmiocie zastrzeżonych przez odwołującego informacji. Ponadto wykonawca L. K., na potwierdzenie swojego stanowiska, nie przedstawił również wystarczających dowodów.

W Uzasadnieniu TP odwołujący koncentruje się na wartości gospodarczej, którą mają mieć zastrzegane przez niego informacje, podkreślając w pierwszej kolejności, że zamawiający wzywając go do wyjaśnień oczekiwał podania danych dotyczących materiałów, które to dane jak twierdzi odwołujący nie wynikają z zapisów SST. Przypisuje przy tym, że SST wskazują na wymagania, jakie mają spełniać materiały, nie podają

natomiast jaki konkretnie materiał należy zastosować. W konsekwencji wywodzi, że dobór odpowiednich materiałów w tym postępowaniu wymagał od wykonawcy przeanalizowania setek dostępnych na rynku materiałów, z których jedynie kilka spełnia wymagania zamawiającego.

Odwołujący jednak w swoich wywodach całkowicie pomija kwestię w jaki sposób powyższe informacje miałyby zagrozić jego pozycji konkurencyjnej względem kontrahentów. Jak trafnie zauważyła Izba w Wyroku z dnia 6 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1479/23 sporządzona przez wykonawcę, na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia, kalkulacja cenowa ma co do zasady charakter indywidualny i przyjęte w niej założenia znajdują zastosowanie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak trafnie argumentował zamawiający w swoim stanowisku w postępowaniach, których przedmiotem jest utrzymanie dróg krajowych, istnieje bowiem wiele zmiennych związanych np.

z ukształtowaniem terenu, a co za tym idzie inne są też warunki klimatyczne, które powodują,

że różne są uwarunkowania dotyczące realizacji zamówienia związane z koniecznością zastosowania określonych materiałów, sprzętu czy dedykowania określonej liczby pracowników. Tym samym argumentacja zawarta w Uzasadnieniu TP jakoby wymagania SST w tego rodzaju postępowaniach były wspólne dla tego typu postępowań w różnych oddziałach zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie sposób też zgodzić się z tezą zawartą w Uzasadnieniu TP, jakoby inni, konkurujący z odwołującym wykonawcy mieli czerpać z dobrodziejstwa sporządzonych przez odwołującego kalkulacji i mogli z nich korzystać na potrzeby czy to prowadzonego aktualnie, czy też przyszłych postępowań. Zauważyć bowiem należy, że inni wykonawcy obecnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, którzy już złożyli swoje oferty, nie mają możliwości zmiany swojej ceny ofertowej czy też dokonania zmiany wybranego podwykonawcy czy poddostawcy, celem zoptymalizowania zaoferowanej ceny. Ubiegając się o zamówienie każdy z wykonawców zmuszony był zatem wykonać wcześniej podobną pracę w postaci konieczności doboru odpowiednich materiałów czy pozyskania kontrahentów z którymi zamierza współpracować. Nietrafiona jest także argumentacja odwołującego jakoby wykonawcy konkurencyjni mieli pozyskać złożone przez niego wyjaśnienia w celu uzasadnienia poprawności złożonych przez siebie ofert w postępowaniu, skoro termin na przedstawienie tych wyjaśnień już dawno upłynął.

Niepoparta żadnymi dowodami jest także teza o tym, że udostępnienie innym oferentom złożonych wyjaśnień spowoduje, że odwołujący utraci swoją przewagę konkurencyjną czy wręcz może zostać wyeliminowany z danego rynku, gdyż konkurujący z nim wykonawcy składają bardziej ogólne wyjaśnienia, a poprzez dostęp do złożonych

przez niego zyskują dostęp do know-how odwołującego. Powtórzyć w tym miejscu należy, że dane ujawnione w wyjaśnieniach po pierwsze nie będą przydatne dla wykonawców konkurencyjnych w ramach ewentualnych kolejnych postępowań o zbliżonym przedmiocie do niniejszego, gdyż te dotyczą sytuacji tego, konkretnego wykonawcy i inny podmiot nie będzie miał możliwości zaadaptować ich wprost jako swoich. Ponadto, jak wskazał zamawiający, na co przedstawił dowód w postaci wyciągu ze szczegółowej kalkulacji przedłożonej przez odwołującego

w postępowaniu w 2023 r., szczegółowość przedłożonej kalkulacji w niniejszym postępowaniu jest analogiczna (wszystkie informacje są tożsame). Pomimo ujawnienia tych informacji w roku ubiegłym odwołujący nie został wyeliminowany z rynku przez konkurencję, która uzyskała do tych wyjaśnień dostęp. Przeczy to tezie zawartej w Wyjaśnieniach TP, jakoby dostęp do wyjaśnień składanych przez odwołującego miał wpływać na zachwianie czy pogorszenie jego przewagi w stosunku do konkurujących z nim podmiotów.

Znaczenie w niniejszej sprawie ma także fakt, że jak wskazywał zamawiający od roku 2018 odtajnia on wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, składane w analogicznych do niniejszego postępowaniach. Pomimo tego, co potwierdzają dowody przedłożone przez zamawiającego na rozprawie w postaci Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniach prowadzonych od roku 2021 do 2023 (7 postępowań, z podziałem na części), oferta odwołującego wielokrotnie była wybierana w nich jako najkorzystniejsza. Powyższe dowodzi, że kwestia odtajnienia składanych w postępowaniach wyjaśnień pozostawała bez wpływu na wynik kolejnego postępowania. Pomimo zatem wiedzy, jaką nabywają inni wykonawcy także o tym, w jaki sposób wyjaśnienia swoje składał wykonawca Leszek Kochanowicz, odwołujący wygrywał kolejne przetargi organizowane przez ten oddział GDDKiA. Jak zauważył bowiem zamawiający o tym, że wykonawca L. K. jest wybierany w kolejnych postępowaniach nie decyduje cena jego oferty, ale szczegółowość i kompleksowość złożonych wyjaśnień. Z kolei inni wykonawcy nawet pomimo, że uzyskali do nich dostęp, nie byli w stanie pozyskać kolejnych zamówień.

Bez znaczenia również dla kwestii oceny czy dane informacje powinny pozostać niejawne ma okoliczność, że inni wykonawcy, na skutek zapoznania się z treścią wyjaśnień złożonych w tym postępowaniu będą mieli możliwość poznania informacji o rodzaju zastosowanych materiałów, jak też nazwy producenta czy dostawcy. Należy bowiem zauważyć, że sama wiedza o tym z jakiego źródła pozyskuje materiały dany wykonawca nie wystarczy jeszcze konkurencyjnemu podmiotowi do tego, aby uzyskać nad takim podmiotem przewagę konkurencyjną.

O tym, że wiedza na temat nazw kontrahentów danego wykonawcy jest nieprzydatna dla innych podmiotów może świadczyć też przykład wskazywany przez zamawiającego na rozprawie. W postępowaniu prowadzonym w roku 2023 r. najniższą cenę na jeden

z kluczowych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia tj. sól drogową zaproponował wykonawca Zaberd Sp. z o.o. Pomimo, że inni wykonawcy pozyskali wiedzę na temat tego z jakiego źródła wykonawca ten nabywa sól, żaden podmiot, który ubiega się o to zamówienie, nie zmienił swojego dostawcy. Istotna jest bowiem nie tylko sama wiedza odnośnie nazwy dostawcy, ale też warunki na jakich odbywa się współpraca między nimi, możliwe szczególnie korzystne zasady takiej współpracy, w końcu też niejednokrotnie znaczenie ma wolumen nabywanych dóbr czy usług i stałość takiej relacji handlowej. Ponadto jak pokazują dowody przedłożone przez zamawiającego na rozprawie ceny materiałów używanych do realizacji przedmiotowego zamówienia (w tym ceny soli drogowej) na tyle znacząco się zmieniają, że nawet w okresie miesięcznym nie ma możliwości uzyskania takich samych cen (z przedłożonych faktur wynika, że cena soli drogowej tylko pomiędzy wrześniem/ październikiem 2022 r. a styczniem 2023 r. może znacząco wzrosnąć). Skoro tak, to wiedza na temat tego od jakiego poddostawcy i za jaką cenę nabywana jest sól - będzie całkowicie nieprzydatna innemu oferentowi, a co za tym idzie nie stanowi wartości gospodarczej dla wykonawcy.

Mając na uwadze podnoszoną w treści Uzasadnienia TP argumentację Izba uznała, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp w stosunku do informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Analiza tego dokumentu wskazuje, że w przeważającej mierze ma ono charakter niczym nie popartych twierdzeń dotyczących tego jakie to negatywne skutki wiążą się dla niego z faktem odtajniania informacji na temat realizowanych kontraktów i możliwości poniesienia szkody.

Podkreślić należy, że samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie nie wystarczy, aby uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska danego wykonawcy. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez niego na przestrzeni lat prowadzonej przez niego działalności, będą zawsze w jego ocenie miały dla niego wartość gospodarczą. Nie jest to jednoznaczne z tym, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakakolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołostownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać.

Przypomnienia wymaga także, że badanie przez zamawiającego zastrzeżonych przez wykonawcę informacji każdorazowo musi odbywać się z uwzględnieniem z jednej strony ochrony prawa do zachowania poufności informacji mających „wartość handlową” dla danego wykonawcy, a z drugiej zaś ochrony prawa pozostałych wykonawców do uczciwej konkurencji. Jak trafnie zauważył Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”), w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r., sygn. akt C-54/21: „Niezbędne jest uwzględnienie z jednej strony ochrony prawa do zachowania poufności informacji mających „wartość handlową” dla danego wykonawcy, a z drugiej strony - ochrony prawa pozostałych wykonawców do uczciwej konkurencji i wnoszenia środków ochrony prawnej”. W tymże orzeczeniu TSUE jako niewłaściwą uznał praktykę zamawiających, uwzględniających każdorazowo wnioski oferentów o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji, o których nieujawnienie konkurującym z nimi oferentom wnioskuje. Uznał, że informacji zawartych w ofertach, które są istotne dla oceny tych ofert i udzielenia zamówienia na podstawie kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie można każdorazowo i w całości uznawać za poufne. Taka praktyka może bowiem naruszać równowagę między zasadą przejrzystości (art. 18 ust. 1 dyrektywy) a ochroną poufności (art. 21 ust. 1 dyrektywy).

Co istotne w realiach rozpoznawanej sprawy zastrzeżone przez odwołującego informacje nie służą wyłącznie weryfikacji ceny przez zamawiającego, ale też pokazują jakie założenia przyjął w tym przetargu wykonawca. Owe założenia podlegają weryfikacji nie tylko przez zamawiającego, ale w przypadku gdy są jawne, także weryfikacji przez inne podmioty ubiegające się o to zamówienie. Mając dostęp do złożonych wyjaśnień konkurenci mają możliwość weryfikacji tych założeń z określonymi przez zamawiającego w SWZ wymaganiami. Powyższe stanowi równie istotny argument przemawiający za odtajnieniem zastrzeżonych danych.

Z wyżej opisywanych powodów Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk nie był uzasadniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca:

Członkowie: