

Sygn. akt: KIO 2968/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę „WOD-KAN-BRUK” Sp. z o.o. z siedzibą w Łomnicy,

w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie,

uczestnik po stronie Zamawiającego: ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ujawnienie złożonych przez wykonawcę ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny wraz z załącznikami;
2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 065 zł 55 gr (słownie: jeden tysiąc sześćdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 24 665 zł 55 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt pięć złotych pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

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:

Sygn. akt: KIO 2968/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Budowa kanalizacji ściekowej w ul.: Berensona i Chudoby wraz z odcinkami sieci oraz sieci wodociągowej w ul.: Chudoby, Berensona, Oknickiej i Lewandów na terenie Dzielnicy Białoleka m.st. Warszawy. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 kwietnia 2024 r. pod numerem 242687-2024.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. wykonawca „WOD-KAN-BRUK” Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

- a. zaniechania odstąpienia przedstawionych przez wykonawcę ROKOM Sp. z o.o.

wyjaśnień w sprawie ceny jego oferty oraz w konsekwencji odmowę ich udostępnienia pod dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty;

- b. ewentualnie: zaniechania odrzucenia oferty ROKOM jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub jako niezgodną z dokumentami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 18 ust. 1 i 2 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odtajnienia wyjaśnień ROKOM w sprawie ceny jego oferty oraz w konsekwencji i ich udostępnienia, ewentualnie odrzucenia oferty ROKOM jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia lub jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwolujący wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane o niskim stopniu skomplikowania i szczegółowo zaprojektowane, w związku z czym ewentualna inwencja wykonawców przy planowaniu i realizacji zamawianych robót została tu ograniczona do minimum.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający wystąpił do wykonawcy ROKOM o wyjaśnienie dotyczące wyliczenia ceny oferty, z uwagi na to, że cena ta jest niższa o ponad 30% od ubruttowanej wartości zamówienia. Zamawiający wymagał przedstawienia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny w dość uproszczonej formie, przez przedstawienie w ramach wyjaśnień kalkulacji istotnych elementów zamówienia, tj. grup robót lub elementów

koszt twórczych w ramach każdego z zadań zamówienia w rozbiu na: materiały, koszt, robociznę lub inne elementy kosztotwórcze, jeśli występują.

Odwolujący stwierdził, że z przekazanych mu przez Zamawiającego dokumentów wynika, że ROKOM złożył Zamawiającemu najprawdopodobniej żądane wyjaśnienia, ale zastrzegł całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający bowiem przekazał Odwołującemu jedynie dokument pn. Uzasadnienie dla objęcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z dowodami klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wnioski do udostępnienia załączników do protokołu Postępowania Zamawiający nie przekazał żadnego elementu wyjaśnień ceny, które miał złożyć ROKOM.

Odwolujący podniósł, że zasada jawności jest podstawową zasadą postępowania o zamówienie publiczne. Rzeczywiste zastosowanie zasady jawności warunkuje również realizację w postępowaniu o zamówienie publiczne pozostałych zasad: przejrzystości postępowania, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Tylko efektywne stosowanie zasady jawności postępowania umożliwia rozliczalność stosowania wszystkich pozostałych zasad w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z drugiej strony, w przypadkach należycie uzasadnionych wykonawcy mogą żądać od Zamawiającego nieujawniania informacji dotyczących ich ofert w poufności, jeśli leży to w ich uznanym prawnie interesie, przy dopełnieniu wymaganych prawem aktów staranności. Na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji i oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z uwzględnieniem tego, że zasadą postępowania o zamówienie publiczne jest jawność postępowania, natomiast uznanie poufności informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wyjątkiem wymagającym należytego uzasadnienia.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał należytego zbadania złożonego przez ROKOM zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień ceny jego oferty. Zastrzeżenie to nie może być uznane za skuteczne z uwagi na jego nieokreśloność i sztafepowość, a w szczególności z uwagi na to, że wykonawca nie podołał wykazaniu istnienia przesłanek wymaganych dla jej skutecznego zastrzeżenia.

Odwolujący podkreślił, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednocześnie zastrzec i wykazać, tj. udowodnić, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być

podstawą do jej ograniczenia. Skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa. Dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru.

Ponadto Odwołujący podniósł, że przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa mogą być konkretne informacje, w odniesieniu do których da się wykazać przesłanki ich zastrzeżenia. Wykonawca ROKOM nie zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, ale całą treść wyjaśnień wraz z całą treścią załączników do tych wyjaśnień, co jest niedopuszczalne. Dokonane przez ROKOM zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne, a tym samym Zamawiający powinien być odtajnić całość wyjaśnień i udostępnić je wykonawcom. Praktyka zastrzegania wyjaśnień z załącznikami w całości, a nawet z uzasadnieniem samego zastrzeżenia, powinna być oceniana jako wyjątkowo wadliwa. Wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny lub kosztu nie stanowią per se tajemnicy przedsiębiorstwa i w związku z tym wymagają szczegółowego i skonkretyzowanego uzasadnienia.

Zdaniem Odwołującego przedstawione przez ROKOM uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny jest niekonkretne i wyjątkowo ogólnikowe. Na piętnastu stronach wykonawca w znaczącej większości skupił się na cytowaniu wybiórczo dobranych tez orzecznictwa, zamiast na wykazywaniu konkretnych okoliczności wymaganych ustawą w celu skutecznego wykazania istnienia przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W pozostałej części zastrzeżenie obejmuje gołosłowne twierdzenia wykonawcy. Uzasadnienie to nie pozwala na zachowanie tajności wyjaśnień.

Odwolujący stwierdził, że wiele elementów tych zastrzeżeń nie odnosi się do wyjaśnień ceny, wydają się zupełnie one przypadkowe, niezwiązane z zastrzeganą tematyką. Przykładowo ROKOM w zastrzeżeniu wskazuje: Polityka

wynagrodzeń w przedsiębiorstwie, podobnie jak polityka kadrowa, stanowi obszar działalności przedsiębiorstwa, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Obowiązujące przepisy nie stanowią żadnych wyłączeń w tym zakresie. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w ramach wyjaśnień wymagał informacji na temat kosztów pracy i kosztowości nakładów pracy na wykonane przedmioty zamówienia. Zatem jeśli nawet ROKOM przedłożył kopie umów z pracownikami, których zamierza skierować do realizacji zamówienia, to nie może twierdzić, że w ten sposób ujawnia politykę wynagrodzeń w swoim przedsiębiorstwie czy jego politykę kadrową. Ponadto polityka wynagrodzeń czy polityka kadrowa w przedsiębiorstwie wykonawcy nie jest przedmiotem oceny w ramach tych

wyjaśnień ani przedmiotem zainteresowania innych wykonawców. Każdy przedsiębiorca prowadzi w tym zakresie własne polityki, w tym wynagrodzeń i zatrudnienia, stosowne do własnych warunków prowadzenia działalności, w szczególności jej skali i przedmiotu. Stąd teza o rzekomym dążeniu innych wykonawców do poznania kuchni prowadzenia działalności przez ROKOM jako wzorcowej stanowi jedynie niczym nieoparte twierdzenia, mające wytworzyć w odbiorcy przeświadczenie, jakoby ROKOM posiadał i przekazał w zastrzeganych wyjaśnieniach ceny jakąś nieznana nauce o zarządzaniu wiedzę, mającą mu dawać przewagę rynkową. Bezpodstawne są twierdzenia, jakoby przez poznanie treści wyjaśnień w zakresie ceny oferty dało innym wykonawcom jakieś, bliżej nieokreślone korzyści majątkowe.

Odwołujący wskazał również, że uzasadnieniu zaostrożenia tajemnicą przedsiębiorstwa ROKOM wielokrotnie twierdzi, że w wyjaśnieniach ceny oferty zawarł informacje dotyczące prowadzenia przez niego działalności, nieznane innym przedsiębiorcom, które mają mu dawać przewagę nad innymi podmiotami na rynku. Twierdzenia te są ogólnikowe, zupełnie gołosłowne, nieoparte żadną argumentacją, nic nie wnoszą do sprawy. W swoim uzasadnieniu wykonawca posuwa się nawet do stwierdzenia, że zawarł w nich całokształt doświadczeń, które uzyskał w okresie prowadzonej działalności, co jest gołosłowne i absurdalne.

Odwołujący zakwestionował twierdzenie wykonawcy ROKOM, jakoby wiedza o organizacji jego przedsiębiorstwa była jakkolwiek istotna rynkowo. Jeśli cała wiedza o politykach, zarządzaniu i kalkulacji została zawarta – jak twierdzi ROKOM – w wyjaśnieniach ceny na nieskomplikowane roboty budowlane o wartości około 8 mln zł, to jego know-how nie może być tak rewolucyjne.

Odwołujący podkreślił, że ROKOM w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał choćby jednego przypadku, na swoim przykładzie czy przykładzie konkurenta z branży, w którym w związku z odtajnieniem wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny doszło do nabycia takiej wiedzy przez konkurentów, która spowodowała choćby czasową utratę konkurencyjności przed podmiot, który udzielił był wyjaśnień w zakresie ceny jego oferty. To również ukazuje, że jego uzasadnienie to pozostaje teoretyczne i ogólnikowe.

Zdaniem Odwołującego, niektóre z twierdzeń uzasadnia zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień są wprost sprzeczne z Pzp. Przykładowo na stronie 13 zastrzeżenia ROKOM wprost wskazuje: Nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, żeby konkurujący wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem

ewentualnego postanowienia zarzutów wobec danej oferty. W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że ROKOM dąży przez to szerokie i nieuzasadnione zastrzeżenie do tego, aby inni wykonawcy nie mogli dokonać weryfikacji treści jego oferty.

Odwołujący zaznaczył, że nie domaga się dostępu do pełnego know-how wykonawcy ROKOM, ale chce uzyskać uzasadniony zasadą jawności postępowania o zamówienie publicznie wgląd w kalkulację jednej oferty na potrzeby tego konkretnego postępowania. Ponadto ROKOM, jako przedsiębiorca od lat zaangażowany w system zamówień publicznych, musi sobie zdawać sprawę z podstawowych zasad tym systemem rządzących, w tym być świadomy zasady jawności postępowania, której także podlega. Zatem jeśli rzeczywiście jest tak, że ujawnienie tych wyjaśnień grozi ujawnieniem informacji o całym spektrum działalności, co Odwołujący uważa za nieprawdopodobne, to ROKOM winien zadbać o taką prezentację danych swoich wyjaśnień, która będzie zgodna w podstawowymi zasadami ustawy Pzp, tak aby nie nadużywał wyjątku w postaci żądania uznania tajemnicy jego przedsiębiorstwa, jak to ma miejsce w tym przypadku.

Odwołujący podniósł ponadto, że ROKOM dość szczegółowo rozpisuje się o środkach, jakie podjął w celu zachowania w poufności złożonych wyjaśnień, w szczególności dotyczących środków ochrony fizycznej i informatycznej oraz ograniczenia wiedzy o tych wyjaśnieniach do zamkniętego kręgu pracowników, nie wykazał, a nawet nie oświadczył, czy związanie tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczy członków zarządu. Ponadto niczym nieoparte pozostaje twierdzenie o tym, że ROKOM zawiera z osobami współpracującymi i pracownikami umowy o zakazie konkurencji czy umowy o zachowaniu poufności z kontrahentami. Jeśli wykonawca zawiera takie umowy, to powinien był to udowodnić przez przedstawienie takich umów, choćby przykładowo.

Odnosząc się do twierdzeń ROKOM, że jego kontrahenci wymagali przestrzegania poufności wrażliwych informacji znajdujących się w treści składanych wraz z wyjaśnieniami informacji i dowodów, Odwołujący podniósł, że ROKOM powinien wskazać, jakiego rodzaju wrażliwe informacje zawierają oferty jego kontrahentów, czego nie uczynił. Po drugie wykonawca w ofercie wskazuje, że nie będzie korzystał z podwykonawstwa, zatem Odwołujący zakłada, że owe oferty opiewają na dostawy materiałów, ewentualnie usługi na potrzeby realizacji zamówienia. W takim wypadku trudno jest uzasadnić, aby działający na rynku dostawcy materiałów czy usług zawierali w ofertach sprzedaży rzeczy czy realizacji usług jakieś wrażliwe informacje dotyczące działalności ich przedsiębiorstw. Racjonalnie rzecz biorąc przedsiębiorcy działający na rynku dążą rozpowszechnienia na rynku wiedzy o ich działalności w celu pozyskania potencjalnych odbiorców.

W ocenie Odwołującego ROKOM nie określił jasno, jaki charakter mają zastrzegane przez niego wyjaśnienia. Wykonawca twierdzi, że są to informacje organizacyjne, techniczne i technologiczne, jednak w związku tym, że przedmiot zamówienia stanowią proste roboty budowlane, to trudno tu oczekiwać jakichś tajemnic technicznych czy technologicznych, sposób wykonania zamówienia został bowiem szczegółowo opisany w dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. Zatem twierdzenie o tym, że wyjaśnienia zawierają jakieś szczególnie istotne informacje techniczne i technologiczne, w tych warunkach zamówienia należy ocenić jako pozorne.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – niewiarygodne jest twierdzenie ROKOM o rzekomym znaczeniu gospodarczym jego wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia ze zindywidualizowanym zamówieniem (różniącym się od innych zamówień m.in. warunkami realizacji usługi, lokalizacją, infrastrukturą, warunkami geologicznymi i geotechnicznymi czy warunkami środowiskowymi, itp.). Wobec tego trudno uznać, że takie koszty mogą zostać wykorzystane przez te podmioty w ramach ubiegania się o realizację projektów innej inwestycji. W każdym przypadku proces kalkulacji ceny będzie przebiegał w sposób odmienny, z uwzględnieniem uwarunkowań danego konkretnego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w obecnej sytuacji Odwołujący, z uwagi na utajnienie całości treści wyjaśnień, nie jest w stanie sformułować konkretnych tez dla zarzutów rażąco niskiej ceny oferty ROKOM lub jej niezgodności z warunkami zamówienia. Dlatego na wypadek nieuznania za zasadny zarzutu zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny oferty ROKOM, Odwołujący wniósł o zbadanie przez Izbę zgodności treści oferty ww. wykonawcy z warunkami zamówienia oraz zbadania jej pod względem rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ROKOM Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła, że pismem z 28 czerwca 2024 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 224 ust. 1, w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jej istotnych, wskazanych przez Zamawiającego części składowych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, których treść łącznie z załączonymi do wyjaśnień dowodami zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący, obok przytoczenia treści przepisów prawa, stanowisk doktryny oraz licznych tez z orzecznictwa, wskazał:

(...) Wskazane, zastrzeżone przez nas w piśmie jak i załącznikach informacje, co do których ograniczamy zasadę jawności w niniejszym postępowaniu, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zastrzeżone przez nas informacje spełniają łącznie wszystkie wskazane w definicji warunki (...)

Zastrzeżone przez nas informacje mają w pełnym zakresie charakter tajemnicy ustawowo chronionej, gdyż dotyczą i zawierają następujące informacje:

- szczegółowe podstawy kalkulacji objętego wezwaniem zakresu zamówienia,
- poziom stosowanych marż,
- poziom wynagrodzeń personelu Wykonawcy,
- organizacja oraz logistyka procesu wykonania prac,
- poziom zysku kalkulowany przez Wykonawcę

Zastrzeżone informacje nie zostały przez nas ujawnione do wiadomości publicznej, a ponadto zawierają szczegółowe informacje o przyjmowanej w postępowaniach strategii ubiegania się o zamówienie.

Sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi know-how przedsiębiorcy, będące przede wszystkim zbiorem wieloletnich doświadczeń związanych z realizacją zadań na rzecz Zamawiającego na terenie Warszawy. Wszystkie szczegółowo

prezentowane w wyjaśnieniach dane wskazują jednoznacznie na sposób budowania ceny oferty przez wykonawcę w odniesieniu do konkretnego zamówienia objętego wezwaniem, ale także wszystkich innych o zbliżonym przedmiocie

oraz sposobie wykonania.

Zamawiający jest jednym z głównych parterów biznesowych wykonawcy, a zatem zachowanie poufności informacji (w szczególności założeń kalkulacyjnych i sposobu w jaki zostały dokonane, ofert podwykonawców) stanowi istotę konkurencyjności wykonawcy w takich postępowaniach.

Jak wynika dodatkowo z rankingu ofert w aktualnym Postępowaniu, założenia te okazały się skuteczne i pozwoliły wykonawcy na złożenie w Postępowaniu oferty najkorzystniejszej, rynkowej, nie będącej rażąco niskiej i zrozumiałe w tej sytuacji, że konkurencyjni wykonawcy chcieliby wejść w posiadanie tych założeń w celu ich wykorzystania w innych postępowaniach na szkodę wyjaśniającego.

Wykonawca oświadcza, że w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął wszystkie niezbędne czynności w celu zachowania ich poufności (...).

Wykonawca zaznacza, że informacje zawarte w tych dokumentach nie są znane ogółowi zainteresowanych osób oraz nie mogą zostać uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej, dozwolonej prawem drodze, szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. (...).

Ponadto, Wykonawca przejawia wolę, by pozostały one tajemnicą dla określonych kręgów odbiorców i wola ta jest dla tych odbiorców rozpoznawalna. Wykonawca wyjaśnia ponadto, że w są podjął systemowe rozwiązania zabezpieczające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem, polegające m.in. na odpowiedniej organizacji pracy, zawieraniu z pracownikami i osobami współpracującymi umów o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności, ograniczeniu ilości osób mających dostęp do danych technicznych i technologicznych, wprowadzeniu systemu monitorowania pracy komputerów, zabezpieczeniu nośników tajnych informacji, wdrożeniu wewnętrznych regulacji określających zasady bezpieczeństwa informacji, zawieraniu umów o zachowaniu poufności z kontrahentami, które obejmują również jego pracowników i osoby z nim współpracujące. Ujawnienie tych informacji na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem rozwiązania i organizacji prac oferowanych przez Wykonawcę.

Wykonawca wskazuje ponadto, że zastrzeżone informacje są wytworzone dla potrzeb przedmiotowej oferty i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz nie jest wolą Wykonawcy ujawnianie ich na zewnątrz. Nie są one również dostępne drogą zwykłą

i dozwoloną, a dostęp do nich mają jedynie podmioty, których te informacje dotyczą. Informacje te nie są udostępniane w jakichkolwiek dostępnych publicznie materiałach, systemy informatyczne są zabezpieczone, a fakt ochrony został zakomunikowany osobom biorącym udział w sporządzaniu oferty.

W zakresie środków ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca oświadcza, że wewnątrz struktury organizacyjnej wykonawcy dostęp do poszczególnych części chronionych informacji ma wąski krąg osób związanych z ich wytworzeniem i przetworzeniem, zaś całość udzielonych wyjaśnień znana jest wyłącznie zarządowi oraz wyselekcjonowanemu personelowi zobowiązanemu do zachowania poufności w zawartych umowach oraz odrębnych pisemnych zobowiązaniach dedykowanych do przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Analogiczne nasi partnerzy biznesowi, których również wrażliwe informacje znajdują się w treści składanych wraz z wyjaśnieniami informacji i dowodów, wymagają od nas przestrzegania poufności udostępnianych informacji handlowych. W szczególności potwierdzają powyższe składane wraz z niniejszymi wyjaśnieniami dowody w postaci ofert na wykonanie poszczególnych usług.

Procedury bezpieczeństwa, zatwierdzone przez Zarząd to zasady, z którymi ma obowiązek zapoznać się każdy pracownik i współpracownik Spółki przed przystąpieniem do pracy/współpracy ze Spółką, i w tym celu odbyć niezbędne szkolenie z zasad bezpieczeństwa, obowiązujących w Spółce. Celem procedur bezpieczeństwa jest zapobieganie incydentom naruszenia bezpieczeństwa.

Do zabezpieczeń uważanych za najważniejsze dla organizacji z prawnego punktu widzenia należą:

- ochrona danych osobowych,
- tajemnicy przedsiębiorstwa,
- prawa własności intelektualnej oraz innych prawnie chronionych tajemnic.

Szczegółowe opisy konkretnych realizacji poszczególnych elementów bezpieczeństwa znajdują się w dedykowanych procedurach bezpieczeństwa. Zgodnie z Procedurami Bezpieczeństwa – istotą bezpieczeństwa informacji w Spółce jest zachowanie trzech kluczowych reguł:

- zapewnienia, że informacja jest udostępniana jedynie osobom upoważnionym (tzw.

Reguła poufności informacji),

- zapewnienie, że osoby upoważnione mają dostęp do informacji i związanych z nią aktywów tylko wtedy, gdy istnieje

taka potrzeba (tzw. Reguła dostępności informacji).

Procedury określają sposoby zabezpieczenia sprzętu, infrastruktury, przestrzeni w biurach Spółki, których celem jest zapobieżenie utracie, uszkodzeniu lub innym naruszeniom bezpieczeństwa urządzeń i systemów komputerowych, w tym bezpieczeństwo poczty elektronicznej.

Każda informacja wrażliwa jest zatem w Spółce odpowiednio klasyfikowana i chroniona – zarówno przed nieuprawnionym dostępem wewnętrznym, jak i niebezpieczeństwami dostępu do tej informacji dla podmiotów z zewnątrz. Wykonawca oświadcza, że każda osoba, w tym zarówno pracownicy i współpracownicy Wykonawcy, mający styczność z informacjami poufnymi stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w toku wykonywanych zadań na rzecz wykonawcy, jak również kontrahenci i inne osoby zewnętrzne, którym ma zostać przekazana informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa – zostają zobowiązane do złożenia stosownych oświadczeń dotyczących obowiązku przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z informacją o grożącej odpowiedzialności, w przypadku uchybienia powyższemu obowiązкови.

W celu potwierdzenia posiadania stosownych procedur ochrony bezpieczeństwa informacji w Spółce Wykonawca przedkłada fragment dokumentu, który formułuje podstawowe zasady bezpieczeństwa fizycznego, informatycznego i kadrowego. Dowód nr 1 Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa Rokom wyciąg – Tajemnica Przedsiębiorstwa.

Potwierdzamy jednocześnie, że w zakresie dotyczącym ochrony informacji w zakresie szczegółów dotyczących prezentowanych wyjaśnień wraz z załącznikami informacje takie posiadają wyłącznie Zarząd Spółki oraz osoby, które zostały dedykowane do Zespołu, który był odpowiedzialny za przygotowanie i złożenie ich. Każda z osób przedmiotowego Zespołu została pouczone o obowiązku dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa Spółki, co zostało potwierdzone stosownym zobowiązaniem. Dowód nr 2 zobowiązanie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Aby skutecznie chronić newralgiczne dane, zarówno sama oferta w przedmiotowym postępowaniu jak również składane obecnie wyjaśnienia kalkulacyjne były opracowywane i uzgadniane wyłącznie przez wyżej wskazane osoby, a sam dokument przygotowywał i zredagował Pan Robert Radacki – Wiceprezes Zarządu, przy użyciu zestawu komputerowego pracującego na wydzielonym środowisku informatycznym – bez dostępu do sieci internet w celu minimalizacji ryzyka nieuprawnionego przejęcia danych przez osoby trzecie.

Siedziba firmy posiada zarówno fizyczne jak i informatyczne zabezpieczenia. Obiekt posiada ochronę fizyczną, system magnetycznych kart wejściowych do wybranych pomieszczeń, system alarmowy i monitoring wizyjny. Sama czynność przekazania Zamawiającemu przygotowanych wyjaśnień ceny zostaje dokonana przy użyciu zabezpieczonego zestawu komputerowego.

Zabezpieczenie teleinformatyczne zestawu obejmuje w szczególności konieczność użycia celem zalogowania indywidualnego login'u oraz hasła dostępu, a samo łącze internetowe jest łączem szyfrowanym przy zastosowaniu odpowiednio skonfigurowanego oprogramowania typu VPN (virtual private network), gwarantującego bezpieczeństwo takiego połączenia.

(...) Ponadto po wytworzeniu informacji należących do grupy informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, informacje te zostały po raz pierwszy uwzględnione na etapie przygotowania i złożenia oferty oraz niniejszych wyjaśnień w przedmiotowym Postępowaniu. Od tej pory nie były w jakikolwiek sposób ujawniane, co przesądza, że nie uchylono ich ochrony. Nie ma zatem wątpliwości, że Wykonawca podjął w tej materii niezbędne i adekwatne działania w celu zachowania poufności tych informacji. (...)

Dodatkowo wskazać należy, że przedmiotem zastrzeżenia mogą być także inne informacje niż techniczne, technologiczne lub organizacyjne, jednak wówczas muszą mieć one wartość gospodarczą. Oznacza to, że te pierwsze (techniczne, technologiczne lub organizacyjne) zostały potraktowane jako niewątpliwie newralgiczne, bez względu na wartość. W stosunku do wszystkich innych (katalog jest bowiem otwarty) warunkiem ochrony prawnej jest wykazanie ich wartości gospodarczej.

Wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach, na kwotę co najmniej 1.000.000,00 zł brutto, tj. wyliczoną jako potencjalny zysk z realizacji co najmniej 3 podobnych zamówień w skali roku. Wypracowany, chroniony model kalkulacji (kontakty, ceny, marże itd.) nie ma z pewnością charakteru jednorazowego. W rezultacie, w razie ujawnienia krytycznych informacji, prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest bardzo wysokie. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez tego Zamawiającego, a szkodą, która wystąpi. Ujawnienie informacji dotyczących kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie Wykonawcy pozwoliłoby na zapoznanie się konkurencyjnych podmiotów ze szczegółowymi zasadami ustalania cen u Wykonawcy. Ponadto otworzyłoby to drogę do optymalizowania wydatków przez konkurencję. (...)

W odniesieniu do charakteru udostępnianych w ramach wyjaśnień informacji, mają one doniosły charakter organizacyjny jako całość doświadczeń, które uzyskał Wykonawca w okresie prowadzenia działalności gospodarczej.

(...) Nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający nie ma obowiązku ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko z tego względu, żeby konkurujący wykonawca mógł zweryfikować te informacje pod kątem ewentualnego postawienia zarzutów wobec danej oferty.

Polityka wynagrodzeń w przedsiębiorstwie, podobnie jak polityka kadrowa, stanowi obszar działalności przedsiębiorstwa, który może być objęty ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa. Obowiązujące przepisy nie stanowią żadnych wyłączeń

w tym zakresie.

(...) Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty. Dane przyjęte przez Wykonawcę do kalkulacji stawki nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia. (...)

Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią know-how przedsiębiorstwa, jako posiadające wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Ujawnienie tych informacji, na gruncie przedmiotowego postępowania może wywołać negatywne dla Wykonawcy konsekwencje, m.in. podmioty konkurencyjne mogą osiągnąć korzyść majątkową w związku z poznaniem szczegółów dotyczących rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę.

Informacje te, chociaż odnoszą się do konkretnego Postępowania, mogą być wykorzystane przez konkurencję, która w innych przetargach będzie mogła przewidzieć przyjętą przez Wykonawcę pracochłonność czynności cechujących się dość powtarzalnym charakterem. Nie ma żadnych wątpliwości, że sposób organizacji realizacji usług oraz wynikająca z tego wydajność realizacji zadań, ma charakter organizacyjny i posiada wartość gospodarczą.

Ewentualna jednorazowość informacji złożonych w ramach wyjaśnień, nie dyskwalifikuje wartości gospodarczej tych informacji, gdyż stanowi odzwierciedlenie zdolności wykonawcy i umiejętności odpowiedzi przedsiębiorstwa na konkretne wymagania postawione w danym postępowaniu, poprzez umiejętne dostosowanie do warunków danego zamówienia swoich zasobów personalnych, organizacyjnych i innych. Zdolność optymalizacji wykorzystania tych zasobów przedsiębiorstwa w określonych warunkach prowadzi do osiągnięcia celu, którym

dla przedsiębiorstwa jest ostatecznie uzyskany wynik finansowy z prowadzonej działalności gospodarczej, w tym z uzyskania danego zamówienia.

Zastrzeżone informacje zostały wytworzone jako zbiór indywidualnie określonych informacji dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, a tym samym odniesienie tych informacji do warunków danego zamówienia pozwala na poznanie, w jaki sposób dany wykonawca zaplanował zorganizowanie, wykonanie usług oraz w jaki sposób skalkulował realizację zamówienia. Są to dane istotne z punktu widzenia konkurencyjności danego wykonawcy na rynku a ich indywidualne zestawienie w tym postępowaniu niesie ze sobą adekwatną wartość gospodarczą.

Podkreślić należy także, że kalkulacja określonych elementów przedmiotu zamówienia nie jest jedynie wskazaniem kosztów, zysku oraz innych wartości wyrażone liczbowo. Szczegółowa kalkulacja poszczególnych elementów składowych zamówienia stanowi niewątpliwie informację, którą można odkodować za pomocą specjalistycznej wiedzy i w ten sposób pozyskać istotne informacje dotyczące danego przedsiębiorstwa pozwalające na osłabienie pozycji tego przedsiębiorstwa na rynku.

(...) Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji opiera się na utrzymaniu niepewności innych wykonawców co do możliwych sposobów kalkulacji i wycen ofertowych na konkurencyjnym rynku. Postępowania o zamówienie publiczne jak objęte niniejszymi wyjaśnieniami nie są jednorazowe a Wykonawca potwierdza wolę dalszego ubiegania się o takie zamówienia.

W interesie Wykonawcy leży nieujawnianie polityki cenowej oraz sposobów i metod kalkulacji oferty. Ujawnienie wyjaśnień miałooby istotny negatywny wpływ na jego sytuację, w szczególności:

- ujawnienie poziomu kosztów pozwoliłoby konkurentom na poznanie stawek i metod kalkulacji,
- odtajnienie założeń kalkulacyjnych (w tym poziomu marży) dałoby informację odnośnie zakresów cen w jakich wykonawca może złożyć ofertę w innym przetargu.

W konsekwencji przełożyłoby się to w sposób bezpośredni na realne szanse wykonawcy na uzyskanie kolejnych zamówień – przykładowo uzyskanie wiedzy nt. stosowanych przez wykonawców metod ograniczania kosztów. (...)

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

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

W pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjątek ten nie może być nadużywany i stosowany jako narzędzie pozwalające uniknąć weryfikacji i ewentualnego kwestionowania złożonych dokumentów przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązкови sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo 16

dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje 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) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia, mimo swojej obszerności, obejmuje jedynie gółosłowne deklaracje i ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w zasadzie w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Istotną część uzasadnienia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatai z orzecnictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i nadające temu uzasadnieniu charakter teoretycznego opracowania.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji uzasadnienie zawiera w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona. Uzasadnienie w tym zakresie stanowi jedynie zbiór ogólników i w żadnej mierze nie odnosi się do specyfiki przedmiotowego postępowania i jakiejkolwiek unikalności wiedzy potrzebnej do kalkulacji ceny na jego potrzeby, czy też na potrzeby innych postępowań. Przystępujący zadeklarował jedynie istnienie wartości gospodarczej wartości mającej polegać na tym, że wyjaśnienia prezentują sposób kalkulacji, źródła i podstawy wyceny ofertowej, informacje o przyjmowanej strategii w postępowaniach o udzielenie zamówienia, know-how będące wynikiem wieloletnich doświadczeń. Mimo wielokrotnego powtórzenia powyższych deklaracji Przystępujący nie wskazał, na czym konkretnie w okolicznościach przedmiotowej sprawy wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji miałyby polegać. Za niewystarczające należy uznać wskazanie, że skoro wyjaśnienia prezentują przyjęty przez wykonawcę oraz bazujący na doświadczeniu i strategii wykonawcy sposób kalkulacji ceny, to nie powinny one zostać ujawnione. Przyjęcie takiej argumentacji prowadziłoby do nieakceptowalnego wniosku, że wszelkie dane kalkulacyjne w zamówieniach z zasady powinny być uznane za podlegające ochronie. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób powziąć wiedzy, jakie szczególne cechy można tym informacjom przypisać i w jaki sposób mogłyby one być wykorzystane przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej.

Następnie zauważenia wymaga, że Przystępujący z jednej strony stwierdza, że zastrzeżone informacje są wytworzone dla potrzeb przedmiotowej oferty i zostały po raz pierwszy uwzględnione na etapie przygotowania i złożenia oferty oraz niniejszych wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu, z drugiej strony – że mogą być wykorzystane przez konkurencję w innych przetargach, pozwalając przewidzieć przyjętą przez wykonawcę pracowitość czynności cechujących się dość powtarzalnym charakterem. Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że sporządzona na potrzeby określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kalkulacja cenowa ma co do zasady charakter zindywidualizowany i niepowtarzalny, a przyjęte w niej założenia znajdują zastosowanie w konkretnym postępowaniu. W szczególności w przypadku zamówień na roboty budowlane, nawet jeśli nie mają one skomplikowanego charakteru, istnieje wiele zmiennych, powodujących, że nie sposób kalkulacji ceny przypisać charakteru uniwersalnego. Trudno zatem podzielić stanowisko, że inni wykonawcy mogliby skorzystać – ze szkodą dla Przystępującego – z informacji przedstawionych przez niego w wyjaśnieniach, w celu zdobycia przewagi konkurencyjnej. Oczywiście jest, że wykonawcy biorący udział w obecnie prowadzonym postępowaniu złożyli swoje oferty, nie mają więc żadnej możliwości

wykorzystania wyjaśnień dla celów tego postępowania. Co do takiej możliwości w przyszłych postępowaniach – Przystępujący ograniczył się do ogólnikowych deklaracji o istnieniu takiej możliwości, nie wyjaśnił jednak, które informacje i w jaki sposób mogłyby być wykorzystane dla kalkulacji ceny dotyczącej innych robót budowlanych, mających ze swej natury charakter mocno zindywidualizowany, zależny od przyjętych rozwiązań projektowych i uwarunkowań technicznych towarzyszących tym robotom. Przystępujący nie wykazał też, aby kiedykolwiek w związku z ujawnieniem danych kalkulacyjnych spotkał się z próbą wykorzystania wiedzy czy to o wynagrodzeniach pracowników, czy o kontrahentach Przystępującego i warunkach współpracy z nimi, czy też innych danych przedstawianych w wyjaśnieniach. Jak słusznie wskazał Odwołujący, Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazał choćby jednego przypadku, na swoim przykładzie czy przykładzie konkurenta z branży, w którym, w związku z odtajnieniem wyjaśnień dotyczących ceny doszło do nabycia takiej wiedzy przez konkurentów, która spowodowała choćby czasową utratę konkurencyjności.

Zauważenia wymaga również, że przedmiot zamówienia stanowią stosunkowo proste roboty budowlane, realizowane na podstawie projektu przekazanego przez Zamawiającego. Kalkulacja ceny na potrzeby tego postępowania nie wymaga zatem znajomości szczególnej, unikalnej metodologii, która byłaby nieznana innym wykonawcom z branży, zwłaszcza posiadających doświadczenie pozwalające im na ubieganie się o udzielenie zamówienia. Przystępujący nie wykazał, aby dokonał tej kalkulacji w sposób, który z jednej strony byłby innowacyjny, a z drugiej na tyle uniwersalny, że będzie mógł być stosowany w innych postępowaniach. Przystępujący ograniczył się w tym zakresie do ogólnikowych twierdzeń, które mogą odnosić się do wszelkich informacji we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do środków mających na celu zachowanie poufności zastrzeganych informacji Przystępujący przedstawił bardziej skonkretyzowane informacje, opisując sposób ochrony tych informacji. W tym zakresie dostrzec jednak należy, że informacje te zostały jedynie fragmentarycznie poparte dowodami. Przystępujący przedstawił zobowiązanie osób przygotowujących ofertę do zachowania poufności informacji oraz niewielki fragment dokumentu pn. Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, potwierdzający jedynie, że taki dokument został w jego przedsiębiorstwie wdrożony, nieprzedstawiający jednak szczegółowych zasad ochrony informacji. Przystępujący nie wykazał też, w jaki sposób informacje służące do kalkulacji oferty są chronione przez jego kontrahentów. Niezależnie jednak od powyższych braków stwierdzić należy, że przede wszystkim Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, co powinno skutkować ujawnieniem przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień w pełnym zakresie.

Izba nie podziela argumentacji Zamawiającego i Przystępującego, którzy – powołując się na zasadę równego traktowania wykonawców – podnosili, że tożsame informacje zastrzegł również Odwołujący, przedstawiając analogiczne uzasadnienie. Zamawiający i Przystępujący wywodzili z tego zasadność utrzymania tajemnicy wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Odnosząc się do tej argumentacji wskazać należy, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego nie jest przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, w związku z czym nie podlega ocenie Izby. Nie ma możliwości, aby Izba – dokonując oceny zastrzeżenia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego i dostrzegając brak podstaw do takiego zastrzeżenia – odstąpiła od nakazania Zamawiającemu ujawnienia tych wyjaśnień z tego powodu, że inny wykonawca analogiczne wyjaśnienia zastrzegł. Izba nie ma wiedzy, czy Odwołujący dokonał takiego zastrzeżenia zasadnie, ustaliła natomiast, że niezasadnie zrobił to Przystępujący, zobowiązana jest więc nakazać Zamawiającemu wykonanie czynności usuwających naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie. Czynności wobec wykonawcy, którego oferty nie dotyczy postępowanie odwoławcze, leżą w gestii Zamawiającego, który jest zobowiązany do zapewnienia zgodności prowadzonego postępowania z przepisami prawa, w tym z zasadą równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca: