Sygn. akt: KIO 3019/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimek

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i

   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 3019/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja lewostronnego obwałowania rzeki Warty Modlica-Białobrzeg od km 0+000 do km 8+800, gm. Pyzdry”, numer postępowania: P.ROZ.2710.18.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05/06/2024 pod numerem: 331816-2024.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1. bezpodstawnym i błędnym uznaniu, że wykonawca nieskutecznie zastrzegł tajemnicę

przedsiębiorstwa bowiem nie wykazał, że informacje zawarte w części utajnionej wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz treści oferty Odwołującego (udzielonych w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp pismem cz. II – szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy z dnia 1 sierpnia 2024 r. w całości wraz z załącznikami od 1 do 7,13,14 oraz załącznikami nr 1,3,4 do pisma cz. III – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2022.1233 ze zm.) dalej „uznk” lub „z.n.k.”- spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa a w konsekwencji,

2. nieuprawnionym odtajnieniu ww. wyjaśnień Odwołującego w całości wraz z

załącznikami, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3. zaniechaniu uznania, że informacje zawarte w części utajnionej wyjaśnień

Odwołującego (wskazane w pkt 1 powyżej) zostały skutecznie zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W związku powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1, 2, 3 ustawy uznk poprzez ich wadliwą wykładnię

i błędne zastosowanie skutkujące uznaniem za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a w konsekwencji odtajnienie informacji znajdujących się w następujących dokumentach:

- wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz treści oferty udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w dniu 1.08.2024 r. wraz z załącznikami (pismo część II -szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy - w zakresie elementów zastrzeżonych jako tajemnica wraz z dowodami wskazanymi w załączniku nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13 i 14 do tego pisma)

- załączników nr 1, 3, 4 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Odwołującego w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w dniu 1.08.2024 r. (pismo część III - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - w zakresie załączników nr 1, 3 i 4 do tego pisma)

pomimo, że informacje te zostały skutecznie i prawidłowo zastrzeżone przez Odwołującego i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a w konsekwencji doprowadzanie do udostępnienia konkurencji informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, w rozumieniu art. 11 ust. 2 z.n.k., co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. (art. 11 ust. 1 z.n.k.) oraz

2) Art. 16 pkt 1) 2) i 3) Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców oraz naruszenia zasady przejrzystości postępowania o udzielnie zamówienia publicznego, poprzez sformułowanie decyzji dot. odtajnienia w sposób ogólny i nieprecyzyjny, co w znacznej mierze utrudniło Odwołującemu poznanie motywów tej decyzji i w konsekwencji pełne odniesienie się do nich, a w efekcie również doprowadziło do naruszenia zasady proporcjonalności poprzez nie zachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy środkiem (jakim jest ograniczenie danego prawa - tu prawa do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa) a celem jakim jest szeroko pojęty interes publiczny.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Odwołującego informacji znajdujących się w piśmie cz. II – szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy z dnia 1 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami od 1 do 7, 13, 14 oraz załącznikami nr 1, 3, 4 do pisma cz. III – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa;

3) nakazania Zamawiającemu uznania zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w zakresie wskazanym w pkt 1 powyżej, za skuteczne i nakazanie nieudostępniania innym wykonawcom informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania na okoliczności wskazane w Odwołaniu, a także dowodów, które zostaną przedstawione w trakcie rozprawy;

5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w norm przepisanych;

6) na podstawie art. 545 ust. 3 PZP ograniczenie stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy z uwagi na fakt, iż udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 sierpnia 2024 r. (pismo z dnia 30 sierpnia 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimek.

Izba stwierdziła, że wykonawca Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimek zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący - Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimek – przy przystąpieniu do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący - Wojciech Ferenc prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimek – w korespondencji do Krajowej Izby Odwoławczej podtrzymał swoje stanowisko przy przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust 1-3 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. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 1- 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. 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.

3. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i wynika z nieuprawnionego dostępu, przywłaszczenia, kopiowania dokumentów, przedmiotów, materiałów, substancji, plików elektronicznych obejmujących te informacje lub umożliwiających wnioskowanie o ich treści.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba zważa, że ustawa PZP wprowadza generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (art. 18 ust. 1 ustawy PZP), czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę zastrzegł w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 18 ust. 3 ustawy PZP).

Tym samym zastrzeżenie jawności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania. W związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Każde odejście od stosowania zasady jawności wiąże się z powstaniem określonego obowiązku zarówno po

stronie zamawiającego, jak i po stronie podmiotu dokonującego zastrzeżenia. Wykonawca zastrzegający tajność oferty lub innych składanych dokumentów jest zobligowany do przedstawienia w stosunku do każdej informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego wystąpienia przestanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Natomiast zamawiający zobligowany jest do wnikliwego zbadania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcia stosownych działań w zależności od wyników tej analizy.

Oznacza to, że w dacie składania określonej informacji (jak w niniejszej sprawie w dacie składania wyjaśnień treści oferty z dnia 1 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14 – część II oraz wyjaśnień treści oferty z dnia 1 sierpnia 2024 r. wraz z załącznikami nr 1, 3, 4 – część III) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi przedstawić argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nieujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, 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. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia kumulatywnie następujące przesłanki:

a. informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,

b. informacje muszą posiadać wartość gospodarczą,

c. informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie mogą

być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być łatwo dostępne dla takich osób,

d. uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania musi podjąć, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, przy czym nie wystarcza stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Oznacza to, iż w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wskazanie, iż dane informacje spełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale również prawidłowe wykazanie tego faktu.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż 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.

Przechodząc na kanwę niniejszej sprawy, Izba zważa, że informacje zastrzeżone sprowadzały się do poniższych kategorii:

- autorskich metodologii kalkulacji,

- nazwy i typu dobranego do zamówienia sprzętu i maszyn, - wydajności i sposobu wykonawstwa poszczególnych robót, - wydajności, kosztów pracy i najmu sprzętu,

- sposobu rozliczeń wewnątrz koncernu Wykonawcy,

- ofert i danych podwykonawców/poddostawców z jakimi Wykonawca zamierza podjąć współpracę,

- technologii wykonania robót,

- informacji innych jak: zysk, stawki wynagrodzenia przekraczające wynagrodzenie minimalne, wewnętrzne jednostki organizacyjne i sposoby podziału zadań w koncernie Wykonawcy.

W ocenie Izby powyższe informacje przedłożone przez Odwołującego w ramach wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2024 r. nie

potwierdzają zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienie zawiera w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została wykazana. Samo subiektywne przekonanie Wykonawcy, że dana informacja posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa to za mało, aby uznać, że Odwołujący wykazał wartość gospodarczą, o czym świadczą słowa zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „mający dodatkowo istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy", czy też „ma dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą".

Należy bowiem zwrócić uwagę, iż wartość tę należy omówić i co najważniejsze „wykazać" w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Na gruncie analizowanej sprawy Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób i w jakim zakresie ujawnienie zastrzeżonych przez Odwołującego informacji, mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację Odwołującego, jak też nie wykazał, aby ujawnienie przekazanych informacji mogło umożliwić innemu przedsiębiorcy zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków.

Tym samym, zdaniem Izby, Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

Izba chciałaby w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2018 r, sygn. akt 200/18: „Dla owego „wykazania" nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wbrew twierdzeniom Przystępującego „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 ZamPublU, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy

rozumieć nie tytko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie", czy też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., sygn. akt 479/22, w którym Izba orzekła, że: „nie wykazano, że dane te w sposób obiektywny obrazują szczegóły prowadzonej przez wykonawcę działalności gospodarczej, dlatego że w zastrzeżeniu tajemnicy wykonawca podkreśla, iż informacje zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to spójne z treścią zastrzeżonych wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny odnoszących się do konkretnych urządzeń, opisanych w przedmiocie zamówienia. Ponadto obciążony ciężarem dowodu wykonawca powinien szczegółowo i rzeczowo wyjaśnić w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tym postępowaniu miałaby ujawniać całość przyjętej przez niego polityki cenowej, czyli wskazać przekonujące okoliczności, które pozwoliłyby zamawiającemu zweryfikować jego stanowisko. Ważne jest przy tym, aby strona powołująca się na wartość gospodarczą określonych danych udowodniła istnienie tej okoliczności i sporządzając uzasadnienie decyzji utajnienia informacji przedstawiła w nich swoją argumentację w sposób wyczerpujący, kiedy w rozpoznawanym sporze informację o możliwości uzyskania przewagi rynkowej ze względu na możliwość poznania sposobu kalkulacji przystępującego pozostawiono w sferze ogólnych, nieweryfikowalnych zapewnień wykonawcy".

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21: ,,Sąd kierując się tym właśnie założeniem uznał, że powinno ono mieć wpływ również na wykładnię pojęcia: „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c." (...) Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Sąd nie podziela argumentacji skarżącego, z której zdaje się wynikać, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. W ocenie Sądu taki pogląd jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 Pzp, z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji".

Odnosząc się w tym miejscu konkretnie do poszczególnych informacji przekazanych przez Wykonawcę i objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w

przedmiotowym postępowaniu, Izba zważa, iż zastrzeżenie przez Odwołującego metodologii kalkulacji ujętej w kosztorysie szczegółowym nie znajduje uzasadnienia, ze względu na to, iż tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują Wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny (tak m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 808/23). Co istotne, Odwołujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach z dnia 1 sierpnia 2024 r., na czym miałaby polegać obiektywna wartość gospodarcza ww. metodologii, na czym miałaby polegać jej unikatowość, czy też w jaki sposób ujawnienie przekazanych informacji mogło umożliwić innemu przedsiębiorcy zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Sama bowiem informacja o tym, że Odwołujący wprowadził autorskie rozwiązania, bez ujawnienia tych rozwiązań, w żaden sposób nie wpływa na sytuację Odwołującego na rynku.

W ocenie Izby, nie mogą o tym świadczyć wyjaśnienia Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2024 r. wskazujące m.in., iż: „Sposób skalkulowania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu/elementu robót jest efektem uzyskanego przez niego know-how zdobytego na podstawie doświadczenia", „Wykonawca, w oparciu o wieloletnie własne doświadczenia w realizacji inwestycji hydrotechnicznych stworzył system weryfikacji projektowej", czy też „Wykonawca wskazuje, że sposób kalkulacji ceny ma dla niego szczególną wartość handlową i organizacyjną oraz wartość gospodarczą".

Nadto Izba zważa, iż stanowisko Odwołującego prezentowane w piśmie z dnia 1 sierpnia 2024 r. w części dotyczącej zastrzeżenia załącznika nr 1 do części II wyjaśnień w postaci kosztorysu szczegółowego jest niespójne ze stanowiskiem zaprezentowanym w odwołaniu, ponieważ w wyjaśnieniach Odwołujący odnosi się do całości dokumentu, tj. załącznika

nr 1 do części II wyjaśnień, o czym świadczą słowa: „w całości zastrzegamy przedłożony kosztorys szczegółowy jako tajemnicę przedsiębiorstwa", podczas gdy w odwołaniu Odwołujący wskazuje, iż: „Zatem kosztorysy szczegółowe mogą być przekazane innym oferentom ze wskazaniem pozycji wynikających z kosztorysu ofertowego wraz z cenami jednostkowymi, ilościami i ceną netto pozycji z wyłączeniem informacji takich jak: nakłady, robocizna, materiał, sprzęt (koszty sprzętu) dane podwykonawców, zysk dla poszczególnych pozycji", na co zwrócił również uwagę Zamawiający i Przystępujący w swoich pismach procesowych oraz Przystępujący na rozprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, twierdzenia Odwołującego, iż kosztorys sporządzony metodą szczegółową przez Odwołującego powinien był być utajniony jedynie w zakresie „(…) informacji takich jak: nakłady, robocizna, materiał, sprzęt (koszty sprzętu) dane podwykonawców, zysk dla poszczególnych pozycji", nie ma odzwierciedlenia w wyjaśnieniach z dnia 1 sierpnia 2024 r.

Wobec powyższego, jakiekolwiek twierdzenia i argumenty przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 19 sierpnia 2024 r. mające doprecyzować stanowisko Odwołującego przedstawione w piśmie z dnia 1 sierpnia 2024 r. w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – Izba traktuje jako spóźnione, ponieważ zostały podniesione przez Odwołującego już po dacie przekazania Zamawiającemu zastrzeżonych informacji, co miało miejsce wraz z przekazaniem Zamawiającemu pisma Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2024 r.

Odnosząc się do zastrzeżenia przez Odwołującego nazwy, typy, stawki pracy sprzętu i maszyn wynikające z kosztorysów szczegółowych, w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia, po pierwsze dlatego, że tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2652/17), a tym samym stwierdzenie Odwołującego w wyjaśnieniach, iż: „odpowiedni dobór urządzeń i sprzętu oraz założenie odpowiedniej wydajności i przyjętej kolejności prac ma dla wykonawcy nieocenioną wartości gospodarczą i stanowi informacje mającą walor organizacyjny przedsiębiorstwa" ma zdaniem Izby wyłącznie charakter subiektywny. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, jak znajomość stawek pracy sprzętu i maszyn wskazane w kosztorysie, miałaby doprowadzić do utraty pozycji konkurencyjnej przez Odwołującego.

Z kolei odnosząc się do zastrzeżeń przez Odwołującego w zakresie wydajności i sposobu wykonawstwa poszczególnych robót wydajności, kosztów pracy i najmu sprzętu, sposobu rozliczeń wewnątrz koncernu Wykonawcy, technologii wykonania robót, w ocenie Izby Odwołujący wskazał jedynie w sposób ogólny, że zastrzega te informacje bez podania żadnych konkretnych powodów poczynionego zastrzeżenia, czy też ewentualnych negatywnych skutków, jakie mógłby ponieść Wykonawca na skutek ujawnienia tych informacji, co powoduje zdaniem Izby, iż Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej jako jednego z elementów skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby nie mogą o tym świadczyć słowa Odwołującego w wyjaśnieniach: „Kwestia

wydajności wiąże się z doborem odpowiedniego sprzętu i maszyn, jak również poprzez odpowiednie dobranie zasobów kadrowych"; „Informacje o wydajności, w tym sposobie organizacji prac mają zatem charakter organizacyjny i stanowią istotną wartość gospodarczą danego przedsiębiorstwa gdyż czynią konkretne założenia w zestawieniu dobrany sprzęt i jego ilości do potrzeb danego zamówienia, odpowiedni dobór brygad i osób o odpowiednich kwalifikacjach"; „Koszty samego pozyskania sprzętu (kupno, najem) jak również koszty jego eksploatacji przy konkretnym zamówieniu również wiążą się z doborem odpowiedniego sprzętu"; „Odpowiedni dobór urządzeń jak i kalkulacja ich kosztów zależy w dużej mierze od wiedzy i doświadczenia wykonawcy w realizacji tego typu robót"; „Dobór sprzętu, ustalenia co do jego wydajności i kosztów zależą w dużej mierze od wewnętrznej polityki cenowej wykonawcy"; „Wartość gospodarcza objawia się tym, że Wykonawca mając szczególną wiedzę i doświadczenie przez lata prowadzonej działalności na rynku budowlanym w bardzo szerokim zakresie, w tym w robotach specjalistycznych związanych z przedmiotowym zamówieniem potrafi tak zaplanować i rozłożyć dane prace i ich kolejność, że przynosi to konkretne oszczędności i optymalizacje pracy".

Odnosząc się do zastrzeżeń w zakresie ofert i danych podwykonawców/poddostawców oraz umów ramowych, Izba zważa, że również i w tym przypadku informacje te nie zasługują na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż sam fakt zawarcia umowy o zachowanie w poufności informacji przekazywanych pomiędzy stronami (Odwołujący w wyjaśnieniach wskazuje: „Zastrzeżenie wynika to albo z treści samej oferty albo z objęcia poufnością wiadomości (np. oferty e-mail)") nie zwalnia Wykonawcy, w tym Odwołującego z obowiązku wykazania, iż konkretna informacja nieujawniona w postępowaniu przetargowym ma obiektywną wartość gospodarczą.

Warto powołać się w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 3533/22, w którym to Izba wskazała, iż: „Jeżeli Wykonawca decyduje się wykorzystać oferty podmiotów trzecich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to powinien mieć na względzie, że w razie braku wykazania ustawowych przesłanek, potwierdzających że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, także ona zostanie ujawniona. Poprzestanie na twierdzeniu, że informacje mają poufny charakter i zamanifestowanie woli stron umowy czy podmiotu składającego ofertę, jakkolwiek wskazuje na podjęcie działań w celu zachowania informacji w poufności, to nie może być uznane za wykazujące wartość gospodarczą tych informacji, a Izba w pełni podziela powyższy pogląd tamtejszego składu orzekającego.

Poza tym, samo powoływanie się przez Odwołującego na kontakty handlowe z kontrahentami i wypracowane relacje biznesowe jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami, czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś Odwołujący nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów oraz w jaki sposób informacje tam zawarte mogą być wykorzystane ze szkodą dla Odwołującego przez innych Wykonawców.

Tak więc w ocenie Izby, wyjaśnienia Odwołującego wskazujące na to, iż: „oferty zostały pozyskane często z uwagi na trwającą przez lata współpracę stron, a także z uwagi na pozycję rynkową Wykonawcy, z którym współpraca handlowa jest dla ww. podmiotów atrakcyjna", czy też „oferty podwykonawców czy dostawców, adresowane do Wykonawcy stanowią odzwierciedlenie wieloletniej obecności na rynku", w ocenie Izby w żaden sposób nie świadczą o wykazaniu wartości gospodarczej przez Odwołującego, pomimo zachowania ich w poufności. Nie świadczy również o wykazaniu wartości gospodarczej stwierdzenie Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 1 sierpnia 2024 r., wskazując, iż: „Stanowią one tajemnice jako informacje organizacyjne spółki, mające wartość gospodarczą bowiem zawierają znacznie bardziej rozbudowane i wypracowane przez ekspertów zapisy, niż powszechnie funkcjonujące w obiegu umowy o pracę czy zlecenia", bowiem Odwołujący nie wykazał, jak te zapisy miałyby skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

W ocenie Izby, nie zasługują na skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa również inne informacje mające walor tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. zysk, stawki wynagrodzenia przekraczające wynagrodzenie minimalne, wewnętrzne jednostki organizacyjne i sposoby podziału zadań w koncernie Wykonawcy, w tym wykaz własnych jednostek sprzętowych Odwołującego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że ceny zaoferowane w postępowaniu są elementem jawnym, co jednoznacznie wynika z art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym: „Zamawiający, niezwłocznie po otwarciu ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informacje o cenach lub kosztach zawartych w ofertach". Nie ulega więc wątpliwości, że zysk, czy stawki wynagrodzeń są elementem ceny.

Nadto, Izba zważa, że Odwołujący nie wykazał, że stosuje jakiś unikalny system wynagrodzeń dla pracowników, który uzasadniałby ochronę informacji dotyczących

przyjętych kosztów pracy, jak również nie wykazał, że przedstawione w treści wyjaśnień kalkulacje są oparte na opracowanej przez Odwołującego formule, mającej charakter unikatowy i dostępny wyłącznie Odwołującemu. Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1195/23, zgodnie z którym: „Budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny, czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu."

W ocenie Izby, uzasadnienie zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2024 r. w powyższym zakresie jest bardzo ogólnikowe, które w żadnym wypadku nie świadczy o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym świadczą słowa: „informacje organizacyjne – wydzielone jednostki i zasoby własne spółki (w zakresie w jakim są nieznane i nieudostępniane na zewnątrz) sprzyjające oszczędnościom i możliwości obniżania cen oferowanych robót i usług, jak i sposobu ich wykonania oraz podziału zadań w ramach struktury Wykonawcy. Wykonawca zastrzegł też informacje organizacyjne jak stawki wynagrodzenia o pracę oraz stawki godzinowe, w zakresie w jakim przekraczają stawki wynikające z ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz rozporządzenia w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w momencie składania oferty. Zysk wykonawcy jest również założeniem i stricte polityką biznesową (..)". Poza tym, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał, jak informacja dotycząca wykazu własnego sprzętu Odwołującego miałaby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej Odwołującego, stwierdzając jedynie: „W ramach Grupy STRABAG Wykonawca posiada dostęp do własnego sprzętu, który jest udostępniany przez spółkę serwisową Grupy STRABAG tj. BMTI Sp. z o.o. BMTI Sp. z o.o. gwarantuje dostawy sprzętu w cenach niższych niż sprzęt z wynajmu. Dostępność własnego sprzętu z jednoczesną gwarancją jego przeznaczenia na potrzeby realizacji zamówienia pozwala na obniżenie kosztów realizacji zamówienia". Należy również zwrócić uwagę, iż Odwołujący zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa cały załącznik, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne, zgodnie z zasadą minimalizmu. Oznacza to, iż Odwołujący powinien był zastrzec wyłącznie ten sprzęt, który brałby udział w realizacji w przedmiotowym zamówieniu.

Odnosząc się z kolei do listy osób przygotowujących ofertę, przykładowych wzorów umów o pracę/współpracę stosowany przez Wykonawcę z klauzulami poufności, Izba w pierwszej kolejności zważa, iż Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób informacja o osobach sporządzających ofertę, jak i wzory umów miałaby stanowić obiektywną wartość gospodarczą, wskazując jedynie, iż: „osoby te są zobowiązane do zachowania poufności"; „pracownicy Wykonawcy biorący udział w przygotowaniu oferty, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy", czy też „Stanowią one tajemnice jako informacje organizacyjne spółki, mające wartość gospodarczą bowiem zawierają znacznie bardziej rozbudowane i wypracowane przez ekspertów zapisy, niż powszechnie funkcjonujące w obiegu umowy o pracę czy zlecenia". W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, jak ujawnienie rozbudowanych i wypracowanych przez ekspertów zapisów miałoby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej Odwołującego i jak to ujawnienie miałoby wpływ w innych postępowaniach.

Nie można tracić również z pola widzenia, iż Odwołujący dołączył do wyjaśnień wyłącznie wzory umów, jednakże bez przedłożenia zobowiązań do zachowania poufności podpisanych przez osoby zatrudnione u Odwołującego na podstawie umowy o pracę czy umowy zlecenia (przynajmniej powinny być one zanonimizowane).

Poza tym, należy zwrócić uwagę, iż na podstawie art. 74 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający ma prawo i obowiązek ujawnienia wszystkich danych osobowych, które znajdują się w dokumentacji postępowania, z wyjątkiem załączonych przez wykonawcę informacji zawierających tzw. dane wrażliwe (art. 9 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne

rozporządzenie o ochronie danych) – tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 244/23. Nadto Izba zważa, że ustawodawca w powyższej normie prawnej odnosi się również do ograniczenia zasady jawności, o których mowa w ust. 3 i art. 18 ust. 3-6, jednakże w ocenie Izby wyjaśnienia Odwołującego nie stanowią o skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do Wytycznych koncernu dotyczące korzystanie z technologii informatycznych datowane na dzień 2 października 2010 r., Izba zważa, że wskazanie w wyjaśnieniach Odwołującego, iż: „Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii

informatycznych opisują szereg różnych kwestii związanych z nie tylko z samym zarówno z zakupem i instalacją sprzętu IT ale korzystania z niego oraz korzystania z platform internetowych, zabezpieczenia danych, korespondencji mailowej, przechowywania plików w chmurze, dostępu do sieci firmowej, haseł itp. Wypracowanie tych zasad wymagało znacznego nakładu pracy i środków a zakres informacji zawartych w tych wytycznych stanowi swoiste know-how spółki", nie stanowi jeszcze o wykazaniu przez Odwołującego wartości gospodarczej. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, jak ujawnienie powyższych Wytycznych, miałoby skutkować brakiem przewagi konkurencyjnej u Odwołującego wobec pozostałych Wykonawców oraz jaką szkodę poniósłby Odwołujący w związku z takim ujawnieniem.

To, że inny skład orzekający uznał ww. Wytyczne za tajemnicę przedsiębiorstwa, na co wskazywał Odwołujący w odwołaniu oraz na rozprawie, nie oznacza, że skład orzekający rozpoznający niniejszą sprawę, podziela powyższy pogląd, zwłaszcza, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym.

Na marginesie, Izba zważa, że wyciąg z cennika Sekocenbud II kw. - robocizna, stanowiący załącznik nr 2 do części II wyjaśnień Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2024 r. nie został objęty zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże w odwołaniu jest on przedmiotem zarzutu oraz objęty jest żądaniem pkt II.2) odwołania. Biorąc powyższe pod uwagę, już tylko z tego powodu, zarzut Odwołującego w powyższym zakresie jest bezpodstawny i jako taki podlega oddaleniu (notabene Odwołujący na rozprawie przyznał, że omyłkowo załącznik ten znalazł się w zarzutach odwołania, nie formułując przy tym żadnego wniosku).

Nadto Izba zważa, że dowód wniesiony na rozprawie przez Odwołującego nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ Izba ocenia w przedmiotowym postępowaniu wyłącznie wyjaśnienia Odwołującego z dnia 1 sierpnia 2024 r.

Konkludując, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył art. 18 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1, 2, 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również nie naruszył art. 16 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….