

WYROK

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

-w dniu 12 lipca 2024 r. przez wykonawcę Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (w postępowaniu o sygn. akt KIO 2444/24),

-w dniu 12 lipca 2024 r. przez wykonawcę Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (w postępowaniu o sygn. akt KIO 2450/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2444/24 oraz w postępowaniu o sygn. akt KIO 2450/24 - wykonawcy Maldrobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Myśliborzu

orzeka:

1. oddala odwołanie w postępowaniu o sygn. akt KIO 2444/24,

2. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2444/24 obciąża wykonawcę Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3. oddala odwołanie w postępowaniu o sygn. akt KIO 2450/24,

4. kosztami postępowania o sygn. akt KIO 2450/24 obciąża wykonawcę Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

4.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

4.2. zasądza od Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) 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.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

W dniu 12 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Saferoad Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku (dalej jako „Odwołujący 1”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w podziale na 2 części” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora

Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako „Zamawiający”) na czynności „odtajnienia określonych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez Odwołującego poprzez platformę eB2B w dniach 10 czerwca 2024 r. (pismo nr Saferoad Services-EZ/61/2024 – dot. części 1) oraz 7 czerwca 2024 r. (pismo nr Saferoad Services-EZ/62/2024 – dot. części 2)”.

Odwołujący1 zarzucił naruszenie:

„1.art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej jako „u.z.n.k.” poprzez:

- 1) odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. w sytuacji, gdy Odwołujący, wraz z przedłożeniem wyjaśnień RNC:
 - a) zastrzegł wprost jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” określone informacje, wskazując, że nie mogą być one udostępniane;
 - b) jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje, w szczególności szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej, wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich odtajnienie naraża Odwołującego na poniesienie szkody;
- 2) pominięcie przez Zamawiającego, że pozyskanie zastrzeżonych informacji wiązało się z kosztami w postaci licznych nakładów i przyjęcie, by nie miały one wartości gospodarczej, gdy Odwołujący w szczegółowy sposób opisał i wyjaśnił wartość zastrzeżonych informacji w złożonych wyjaśnieniach i złożonym załączniku, jak również przedłożył dowody potwierdzające spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 p.z.p.: Klauzulę o poufności z umowy podwykonawczej oraz Kopię Zarządzenia nr 3/2014/O z dnia 12 grudnia 2014 r. – co potwierdziło nakłady poczynione na zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa;
- 3) przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą, pomimo że Zamawiający jednocześnie nie neguje, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa, a jednocześnie polemizuje z uzasadnieniem Odwołującego co do wartości tychże informacji;
- 4) przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że podjął należytą staranność w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, co stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem Zamawiającego, że przekazane informacje nie są powszechnie znane, co potwierdza skuteczność przyjętych regulacji przez Odwołującego.

2.art. 16 pzp w zw. z art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez przedwczesne ujawnienie całości wskazanych w zawiadomieniach Zamawiającego z 2 lipca 2024 r. informacji bez uprzedniego zbadania treści dokumentów, a przez to niezbadanie uprzednio zawartych w nich danych przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający w przypadku, gdy miałby wątpliwości, co do których w ocenie Odwołującego nie było podstaw, winien uprzednio zbadać, czy informacje podlegają ochronie, a co powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze, treści zawartych w tych dokumentach, po drugie, okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, a brak dokonania tych czynności stanowi podstawę do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 16 pzp i art. 223 ust. 1 pzp przez Zamawiającego.”.

Odwołujący1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu „utajnienie dokumentów i informacji przekazanych przez Odwołującego w wyjaśnieniach treści oferty, złożonych za pośrednictwem Platformy zakupowej w dniach 10 czerwca 2024 r. (pismo nr Saferoad Services-EZ/61/2024 – dot. części 1) oraz 7 czerwca 2024 r. (pismo nr Saferoad Services-EZ/62/2024 – dot. części 2) w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które Odwołujący zastrzegł jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, ewentualnie w przypadku odtajnienia wskazanych przez Zamawiającego w zawiadomieniach z 2 lipca 2024 r. informacji, dokonanie rzetelnej weryfikacji (anonimizacji) informacji utajnionych, tj. identyfikujących kontrahentów Odwołującego, które to informacje Zamawiający postanowił nie odtajniać (patrz np. plik „1.1 Tab_zbiorcze zestawienie źródła cen i dowodów_TP.pdf”) oraz o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego”.

Zamawiający wniósł o oddalenie ww. odwołania w całości oraz o „obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego”.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania, któremu nadano sygn. akt 2444/24, (dalej jako „Odwołanie1”) po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Maldrobud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Myśliborzu (dalej jako „Przystępujący”).

Przystępujący wniósł o oddalenie Odwołania1 w całości.

W dniu 12 lipca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Zaberd spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący2”) w Postępowaniu na czynność „odtajnienia informacji zawartych w plikach wymienionych w piśmie Zamawiającego z dnia 2 lipca 2024 r., które to informacje Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi pismem z dnia 10 czerwca 2024 r.”.

Odwołujący2 zarzucił:

„-naruszenie art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) (dalej „uznk”) w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez uznanie poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne i zawiadomienie o odtajnieniu wskazanych w informacji z dnia 2 lipca 2024 r. dokumentów przekazanych przez Odwołującego pismem z dnia 10 czerwca 2024 r. wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, pomimo że stanowią skutecznie zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

-zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście wskazanych przez Odwołującego informacji i dokumentów i arbitralne przyjęcie nieskuteczności zastrzeżenia w odniesieniu do odtajnionych dokumentów bez badania konkretnych dokumentów i informacji wskazanych w treści zastrzeżenia, a w konsekwencji naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez dokonanie czynności odtajnienia informacji w sposób naruszający zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji”.

Odwołujący2 wniósł o „nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów złożonych wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, a odtajnionych dnia 2 lipca 2024 r. przez Zamawiającego i uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa” oraz o „zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania w zakresie przewidzianym przepisami”.

Zamawiający wniósł o oddalenie ww. odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia ww. odwołania, któremu nadano sygn. akt 2450/24, (dalej jako „Odwołanie2”) po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący, który wniósł o oddalenie Odwołania2 w całości.

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”). w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 140062-2024. Zamówienie w Postępowaniu jest podzielone na 2 części.

W postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2444/24 Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający przekazał Odwołującemu1 datowane na 22 maja 2024 r. pisma, w których zwrócił „o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny Państwa oferty - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SWZ” oraz „przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu skalkulowania ceny całej oferty oraz odniesienie się do poszczególnych pozycji cenowych w każdym z działów Formularza Cenowego stanowiących załączniki do pisma dla grup tj. G1 - G11” w zakresie części 1 i 2 zamówienia.

Odwołujący1 przekazał Zamawiającemu datowane na 7 czerwca 2024 r. pismo dotyczące części 2 zamówienia o treści „Saferoad Services Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek (dalej jako Wykonawca) w odpowiedzi na pismo znak: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.14.2024.13.az z dnia 22-05-2024 roku, stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej jako Pzp) składa wyjaśnienia w zakresie czynników cenotwórczych i sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Jak wynika z wezwania Zamawiającego: „Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o arytmetyczne kryterium, dla którego punktem odniesienia jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Cena Państwa oferty wynosi 60 713 201,49 zł brutto (dla części 2). W porównaniu z szacowaną przez Zamawiającego wartością przedmiotu zamówienia (powiększoną o podatek VAT) stanowi 69,85 % jej wartości.” Wykonawca potwierdza, że zaoferowana cena jest rzetelna, w żadnym aspekcie nie jest zaniżona lub rażąco niska. Wykonawca skalkulował cenę oferty z najwyższą starannością i uwzględnił w niej wszelkie elementy (zakresy) zamówienia, które mają zostać wykonane przez Wykonawcę. Wykonawca dokonał kalkulacji ceny oferty w oparciu o swoje bogate doświadczenie przy realizacji podobnych usług (w tym, w przeważającym zakresie na rzecz oddziałów GDDKiA) oraz aktualne warunki ekonomiczne występujące na polskim rynku, co czyni zaoferowaną cenę odpowiadającą rynkowym wartościom podobnych usług. Rynkową wartość oferowanych usług potwierdza także szczegółowe porównanie zaoferowanych przez Wykonawcę cen jednostkowych w odniesieniu do pozostałych oferentów, gdzie tylko w minimalnym, jednostkowym zakresie, występują dysproporcje w zakresie różnych cen złożonych w ramach Postępowania. Ponadto cena oferty Wykonawcy uwzględnia wszelkie koszty i ryzyka ponoszone przez Wykonawcę podczas realizacji usługi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami dokumentacji niniejszego postępowania. Powyższe powoduje, że oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Przygotowując ofertę Wykonawca dokonał szczegółowej analizy specyfiki zamówienia (wszelkiej dokumentacji załączonej do postępowania oraz jej wyjaśnień powstałych w toku prowadzenia postępowania), wykorzystując do kalkulacji zarówno przepisy prawa, własną kalkulację kosztów

rzeczywistych zestawiając ją następnie do zamówień podobnych. Wyniki tej analizy Wykonawca przedstawia w utajnionym załączniku nr 1 do niniejszego pisma – Szczegółowa kalkulacja wraz z dowodami. W ramach przedłożonej szczegółowej kalkulacji Wykonawca wyszczególnia – zgodnie z ww. wezwaniem Zamawiającego – wszystkie wskazane przez Zamawiającego w Załączniku do wezwania elementy TER, podpierając je dodatkowo dowodami. Ponadto przedstawione poszczególne elementy składowe cen jednostkowych uwzględniają wszystkie – obligatoryjne – koszty/ aspekty wskazane m.in. w SST i OPZ. Wykonawca wskazuje także, że kalkulując koszty pracownicze przyjął przyszłościowy wzrost płacy minimalnej w 2024 roku. Zastrzeżone załączniki do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia ich utajnienie w całości. Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone załączniki odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji szczegółowej ceny oferty i przez to stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje zawarte w utajnionych załącznikach nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Zgodnie z przywołanym przepisem 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”. Przedstawione przez Wykonawcę w załącznikach do niniejszych wyjaśnień informacje i dowody (dalej łącznie jako „Informacje”) spełniają powyżej opisane warunki ich zastrzeżenia. Zastrzeżone przez Wykonawcę Informacje mają w pełnym zakresie charakter organizacyjny, gdyż dotyczą uniwersalnych rozwiązań wykonania zamówienia będącego podstawą niniejszego postępowania, w tym sposobów świadczenia usług oraz metod działania opracowanych na podstawie wyłącznie własnych doświadczeń Wykonawcy wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej oraz doboru partnerów, przy pomocy, których były w przeszłości realizowane podobne zlecenia. Informacje te są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego (podobnie jest w przypadku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań niniejszego zamówienia; określają sposób i metodę zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci wykonania usługi (świadczenia) wysokiej, jakości w sposób prawidłowy, sprawny, zapewniający spełnienie wymagań zarówno Zamawiającego, jak i wymogów określonych w obowiązujących przepisach prawa. Z tego względu należy uznać, że są to w pewnym stopniu za każdym razem informacje niepowtarzalne, a ponadto posiadają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Z tego powodu winny zostać bezwzględnie zastrzeżone. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 czerwca 2006r. (sygn. akt V Ca 440/06), który wskazał, że „dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na szczególną ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, że dane te podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...)”. Podobnie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Warszawie, który uznał, że „dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej (...) (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.06.2006 r., sygn. akt: V Ca 440/06). Z tych też powodów uzasadnione jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całości załączników do wyjaśnień, w których Wykonawca ujawnia na jakiej podstawie dokonał kalkulacji ceny swojej oferty oraz jakie założenia przyjął na potrzeby tej kalkulacji w tym umów z partnerami handlowymi, bądź ofert handlowych, które od nich otrzymał i na jej podstawie dokonał określenia ceny ofertowej. Przedkładane kalkulacje mają charakter dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jako takie ujawniane innym niż Zamawiający podmiotom być nie mogą. Potencjalne odtajnienie danych odnośnie podwykonawców Wykonawcy oraz ich ofert cenowych ujawni strategię Wykonawcy w zakresie świadczeń podwykonawców i wynegocjowanych u nich konkretnych cen za te świadczenia (tzw. struktura kosztów kontrahentów Wykonawcy). W zastrzeżonych dokumentach Wykonawca ujawnia bezpośrednio sposób kalkulacji ceny wynikający z posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji tożsamych usług lub doświadczenia, w tym w zakresie personelu, którym dysponuje do realizacji przedmiotowej usługi. Posiadane doświadczenie i odpowiedni potencjał sprzętowy oraz wiedza posiadanego personelu umożliwia Wykonawcy kalkulację ceny oferty na odpowiednim poziomie rynkowym, a następnie pozyskanie i realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Te elementy stanowią niewątpliwie o przewadze Wykonawcy w odniesieniu do ubiegających się o niniejsze zamówienie konkurentów. Stanowiące treść utajnionych załączników Informacje jednoznacznie wskazują na istotną wartość gospodarczą Wykonawcy, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom

konkurującym z Wykonawcą grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody, naruszeniem jego interesu związanego z wypracowaną przez lata pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływającą na możliwość realnego i uczciwego konkutowania z innymi wykonawcami. Nie powinno budzić wątpliwości, że wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny, poprzez poznanie know-how wykonawcy, metodologii konstrukcji ceny oferty etc. Wartość gospodarcza zastrzeżonych Informacji przejawia się w tym, że pracownicy Wykonawcy poświęcili 218 godzin na przygotowanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności na analizę dokumentacji przetargowej, przeprowadzenie wizji lokalnej odcinków dróg objętych przedmiotem zamówienia, zebranie ofert od dostawców materiałów i podwykonawców oraz przygotowanie wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wykonawca wskazuje, że koszty pracy pracowników oraz koszty przejazdów w celu przeprowadzenia wizji lokalnej oszacował na kwotę 30.217 zł, co stanowi dla niego wymierną wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga utrwalony w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych pogląd co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która referuje do szczegółowej kalkulacji – listy składników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia. Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie m.in. w następujących orzeczeniach KIO: - Wyrok KIO z 20.07.2012 r., KIO 1432/12: „W ocenie Izby zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkutowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego, w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”; - Wyrok KIO z 11.02.2013 r., KIO 175/13: „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)" (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej”; - Wyrok KIO z 21.01.2013 r., KIO 2835/12: „W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...)” Wykonawca zwraca uwagę na zastrzeżenie całości załączników do wyjaśnień, odnoszących się do szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz załączonych do niej dowodów, w szczególności ofert podwykonawców, niejednokrotnie na stałe współpracujących z Wykonawcą. Informacje cząstkowe z rzeczowej kalkulacji, jakie mogłyby zostać ewentualnie ujawnione do wiadomości innych konkurentów mogą ujawnić sposób realizacji zamówienia oraz w szczególności metodologię konstrukcji ceny oferty. Tym samym całość utajnionych załączników referuje w pełnym, kompletnym zakresie do określonego sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę; stanowi unikatowe zestawienie przez Wykonawcę procesów, procedur, organizacji pracy i wiedzy zespołu, które stanowią podstawę wyceny oferty. Wykonawca wyjaśnia, iż zastrzeżone Informacje nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania, na podstawie określonej strategii ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Biorąc pod uwagę, że zdolności organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy są odzwierciedleniem szczególnych sposobów świadczenia usług oraz metod działania opracowanych na podstawie wyłącznie własnych doświadczeń Wykonawcy wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej oraz, że te sposoby i metody są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań, zastrzeżone Informacje są przez Wykonawcę szczególnie chronione (ze względu na ich szczególnie organizacyjny charakter oraz ich dużą wartość gospodarczą). Wykonawca w szczególności dba, aby wszystkie utajnione Informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; każdy inny przedsiębiorca (konkurent) nie ma możliwości dowiedzenia się o zastrzeżonych Informacjach (w tym w szczególności o sposobie realizacji zadań objętych niniejszym zamówieniem) drogą zwykłą i dozwoloną, gdyż znajdują się one w posiadaniu tylko

pewnego ograniczonego kręgu osób (tylko niektórych z pracowników Wykonawcy poinformowanych o szczególnie poufnym charakterze zastrzeżonych informacji i o szczególnym trybie postępowania z takimi informacjami), bezwzględnie zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie. Chroniąc zastrzeżone Informacje przed ujawnieniem Wykonawca podjął odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym. Do pierwszej z nich zaliczyć należy wprowadzone przez Wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa (patrz załącznik nr 3 - kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.). W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. Uzyskanie tych informacji możliwe było jedynie po zalogowaniu się do systemu wewnętrznego firmy, co każdorazowo wymaga od pracownika podania indywidualnego loginu oraz hasła dostępu. Poza fizycznymi środkami Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Należy podkreślić, iż poza wewnętrznymi mechanizmami kontroli i zabezpieczenia informacji poufnych Wykonawca stosuje także stosowne środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami. Świadczą o tym zawierane przez Wykonawcę klauzule/ umowy o poufności (patrz załącznik nr 2 - klauzula o poufności z umowy podwykonawczej). Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenie przez nas tajemnicy całości informacji zawartych w załącznikach do niniejszego pisma, jest w pełni uzasadnione i tym samym zabezpiecza nas przed poniesieniem znacznej szkody majątkowej w wyniku ich ujawnienia przez Zamawiającego. Zgodnie z dominującym poglądem judykatury, to Wykonawca, a nie Zamawiający jest dysponentem informacji, co powoduje że Zamawiający jest zobowiązany respektować stanowisko oferenta w przedmiocie ich utajnienia (tak m.in. wyrok SO w Warszawie z dnia 27.04.2005 r., sygn. V Ca 19/05). Ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach może stwarzać realne zagrożenie zmniejszenia konkurencyjności Wykonawcy w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, narażając Wykonawcę na szkody, a podmiotom konkurencyjnym przyniesie potencjalne korzyści majątkowe. Informacje zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinny być ujawnione publicznie, ani podmiotom trzecim i nikt oprócz pracowników lub osób, którymi posługuje się Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania, nie będzie miał do nich dostępu. Wykonawca także dopełnił wszelkich niezbędnych formalności, aby te informacje nie były ujawnione, a w szczególności pracownicy Wykonawcy są zobowiązani do zachowania w tajemnicy tych informacji i nieudostępniania ich poza przedsiębiorstwo Wykonawcy, a poza tym liczba osób znających treść zastrzeżonych dokumentów została ograniczona do niezbędnego minimum. Informacje zawarte w zastrzeżonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach mogą interesować konkurencyjnych wykonawców, a informacji tych nie uzyskają drogą „zwykłą” jako informacji publicznej.”,

Do ww. pisma Odwołujący1 załączył:

- jako załącznik nr 1 – oznaczone jako „kalkulacje szczegółowe i dowody” dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach: „Załącznik nr 1 - wprowadzenie_założenia metodologiczne wyjaśnień_Tajemnica_Saferoad.pdf”, „Opis do odczytywania danych w Załącznik Nr1.pdf”, „1.1 Tab_zbiorcze zestawienie źródła cen i dowodów_TP.pdf”, „GR1_CZ1_KK.pdf”, „GR1_CZ2_KK.pdf”, „GR2_KK.pdf”, „GR3_KK.pdf”, „GR4_KK.pdf”, „GR5_KK.p”, „GR6_CZ1_KK.pdf”, „GR6_CZ2_KK.pdf”, „GR7_CZ1_KK.pdf”, „GR7_CZ2_KK.pdf”, „GR8_KK.pdf”, „GR9_KK.p”, „GR10ac_KK.pdf”, „GR11_KK.pdf”, „D_1.pdf”, „D_2.pdf”, „D_4.pdf”, „D_7.pdf”, „D_8.pdf”, „D_9.pdf”, „D_15.pdf”, „D_16.pdf”, „D_18.pdf”, „D_19.pdf”, „D_23.pdf”, „D_34.pdf”, „Narzędzia kalkulacja własna.pdf”, „Wykaz środków trwałych.pdf”, „Wykaz środków trwałych_2.pdf”, „Wykaz środków trwałych_3.pdf”,
- jako załącznik nr 2 – oznaczony jako „klauzula o poufności z umowy podwykonawczej” dokument znajdujący się w pliku o nazwie „2024-06-07 - załącznik nr 2 - klauzula poufności z umowy PW.pdf”,
- jako załącznik nr 3 – oznaczony jako „kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.” dokument znajdujący się w pliku o nazwie „2024-06-07 - załącznik nr 3 - kopia zarządzenia 3-2014-O z 11.12.2014.pdf”.

Odwołujący1 przekazał Zamawiającemu dotyczące części 1 zamówienia, datowane na 10 czerwca 2024 r. pismo o treści „Saferoad Services Sp. z o.o. ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek (dalej jako Wykonawca) w odpowiedzi na pismo znak: GDDKiA O.Sz.D-3.2421.14.2024.15.az z dnia 22-05-2024 roku, stanowiące wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę w oparciu o art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1) oraz 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej jako Pzp) składa wyjaśnienia w zakresie czynników cenotwórczych i sposobu skalkulowania ceny ofertowej. Jak wynika z wezwania Zamawiającego: „Zamawiający powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o arytmetyczne kryterium, dla którego punktem odniesienia jest ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Cena Państwa oferty wynosi 76 611 254,63 zł brutto (dla części 1). W porównaniu z szacowaną przez Zamawiającego wartością przedmiotu zamówienia (powiększoną o podatek VAT) stanowi 70,76 % jej wartości.” Wykonawca potwierdza, że zaoferowana cena jest rzetelna, w żadnym aspekcie nie jest zaniżona lub rażąco niska. Wykonawca skalkulował cenę oferty z najwyższą starannością i uwzględnił w niej wszelkie elementy (zakresy) zamówienia, które mają zostać

wykonane przez Wykonawcę. Wykonawca dokonał kalkulacji ceny oferty w oparciu o swoje bogate doświadczenie przy realizacji podobnych usług (w tym, w przeważającym zakresie na rzecz oddziałów GDDKiA) oraz aktualne warunki ekonomiczne występujące na polskim rynku, co czyni zaoferowaną cenę odpowiadającą rynkowym wartościom podobnych usług. Rynkową wartość oferowanych usług potwierdza także szczegółowe porównanie zaoferowanych przez Wykonawcę cen jednostkowych w odniesieniu do pozostałych oferentów, gdzie tylko w minimalnym, jednostkowym zakresie, występują dysproporcje w zakresie różnych cen złożonych w ramach Postępowania. Ponadto cena oferty Wykonawcy uwzględnia wszelkie koszty i ryzyka ponoszone przez Wykonawcę podczas realizacji usługi, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i wymaganiami dokumentacji niniejszego postępowania. Powyższe powoduje, że oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Przygotowując ofertę Wykonawca dokonał szczegółowej analizy specyfiki zamówienia (wszelkiej dokumentacji załączonej do postępowania oraz jej wyjaśnień powstałych w toku prowadzenia postępowania), wykorzystując do kalkulacji zarówno przepisy prawa, własną kalkulację kosztów rzeczywistych zestawiając ją następnie do zamówień podobnych. Wyniki tej analizy Wykonawca przedstawia w utajnionym załączniku nr 1 do niniejszego pisma – Szczegółowa kalkulacja wraz z dowodami. W ramach przedłożonej szczegółowej kalkulacji Wykonawca wyszczególnia – zgodnie z ww. wezwaniem Zamawiającego – wszystkie wskazane przez Zamawiającego w Załączniku do wezwania elementy TER, podpierając je dodatkowo dowodami. Ponadto przedstawione poszczególne elementy składowe cen jednostkowych uwzględniają wszystkie – obligatoryjne – koszty/ aspekty wskazane m.in. w SST i OPZ. Wykonawca wskazuje także, że kalkulując koszty pracownicze przyjął przyszłościowy wzrost płacy minimalnej w 2024 roku. Zastrzeżone załączniki do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia ich utajnienie w całości. Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone załączniki odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji szczegółowej ceny oferty i przez to stanowią dla Wykonawcy szczególną wartość gospodarczą, organizacyjną i handlową. Wykonawca oświadcza, że przedmiotowe informacje zawarte w utajnionych załącznikach nie były publikowane lub udostępniane osobom trzecim, nieuprawnionym do powzięcia tych informacji. Zgodnie z przywołanym przepisem 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”. Przedstawione przez Wykonawcę w załącznikach do niniejszych wyjaśnień informacje i dowody (dalej łącznie jako „Informacje”) spełniają powyżej opisane warunki ich zastrzeżenia. Zastrzeżone przez Wykonawcę Informacje mają w pełnym zakresie charakter organizacyjny, gdyż dotyczą uniwersalnych rozwiązań wykonania zamówienia będącego podstawą niniejszego postępowania, w tym sposobów świadczenia usług oraz metod działania opracowanych na podstawie wyłącznie własnych doświadczeń Wykonawcy wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej oraz doboru partnerów, przy pomocy, których były w przeszłości realizowane podobne zlecenia. Informacje te są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego (podobnie jest w przypadku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań niniejszego zamówienia; określają sposób i metodę zorganizowania wszystkich wymaganych czynności w połączeniu ze środkami rzeczowymi, tak, aby mógł być osiągnięty cel w postaci wykonania usługi (świadczenia) wysokiej, jakości w sposób prawidłowy, sprawny, zapewniający spełnienie wymagań zarówno Zamawiającego, jak i wymogów określonych w obowiązujących przepisach prawa. Z tego względu należy uznać, że są to w pewnym stopniu za każdym razem informacje niepowtarzalne, a ponadto posiadają istotną wartość gospodarczą dla Wykonawcy. Z tego powodu winny zostać bezwzględnie zastrzeżone. Podobnie uznał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 czerwca 2006r. (sygn. akt V Ca 440/06), który wskazał, że „dane o podwykonawcach (kontrahentach) przedsiębiorcy zasługują na szczególną ochronę w świetle tajemnicy przedsiębiorstwa. Wynika to z faktu, że dane te podlegają ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie jest to informacja o charakterze organizacyjnym, świadcząca o potencjale i pozycji danego przedsiębiorcy (...).” Podobnie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Warszawie, który uznał, że „dane dotyczące prowadzonej przez przedsiębiorcę działalności handlowej (...) (stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu) mogą przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.06.2006 r., sygn. akt: V Ca 440/06). Z tych też powodów uzasadnione jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa całości załączników do wyjaśnień, w których Wykonawca ujawnia na jakiej podstawie dokonał kalkulacji ceny swojej oferty oraz jakie założenia przyjął na potrzeby tej kalkulacji w tym umów z partnerami handlowymi, bądź ofert handlowych, które od nich otrzymał i na jej podstawie dokonał określenia ceny ofertowej. Przedkładane kalkulacje mają charakter dokumentów

zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i jako takie ujawniane innym niż Zamawiający podmiotom być nie mogą. Potencjalne odtajnienie danych odnośnie podwykonawców Wykonawcy oraz ich ofert cenowych ujawni strategię Wykonawcy w zakresie świadczeń podwykonawców i wynegocjowanych u nich konkretnych cen za te świadczenia (tzw. struktura kosztów kontrahentów Wykonawcy). W zastrzeżonych dokumentach Wykonawca ujawnia bezpośrednio sposób kalkulacji ceny wynikający z posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia w zakresie realizacji tożsamyh usług lub doświadczenia, w tym w zakresie personelu, którym dysponuje do realizacji przedmiotowej usługi. Posiadane doświadczenie i odpowiedni potencjał sprzętowy oraz wiedza posiadanego personelu umożliwia Wykonawcy kalkulację ceny oferty na odpowiednim poziomie rynkowym, a następnie pozyskanie i realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Te elementy stanowią niewątpliwie o przewadze Wykonawcy w odniesieniu do ubiegających się o niniejsze zamówienie konkurentów. Stanowiące treść utajnionych załączników Informacje jednoznacznie wskazują na istotną wartość gospodarczą Wykonawcy, a ich ujawnienie, szczególnie podmiotom konkurującym z Wykonawcą grozi poniesieniem przez Wykonawcę realnej szkody, naruszeniem jego interesu związanego z wypracowaną przez lata pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływającą na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami. Nie powinno budzić wątpliwości, że wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny, poprzez poznanie know-how wykonawcy, metodologii konstrukcji ceny oferty etc. Wartość gospodarcza zastrzeżonych Informacji przejawia się w tym, że pracownicy Wykonawcy poświęcili 234 godziny na przygotowanie rzetelnej kalkulacji ceny ofertowej, w szczególności na analizę dokumentacji przetargowej, przeprowadzenie wizji lokalnej odcinków dróg objętych przedmiotem zamówienia, zebranie ofert od dostawców materiałów i podwykonawców oraz przygotowanie wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wykonawca wskazuje, że koszty pracy pracowników oraz koszty przejazdów w celu przeprowadzenia wizji lokalnej oszacował na kwotę 32.435 zł, co stanowi dla niego wymierną wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga utrwalony w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych pogląd co do poufnego charakteru tej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która referuje do szczegółowej kalkulacji – listy składników cenotwórczych, jak również informacje dotyczące właściwego danemu wykonawcy sposobu obliczania ceny oferty oraz wykonania zamówienia. Zasadność uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny znajduje potwierdzenie m.in. w następujących orzeczeniach KIO: - Wyrok KIO z 20.07.2012 r., KIO 1432/12: „W ocenie Izby zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurowania na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego, w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych”; - Wyrok KIO z 11.02.2013 r., KIO 175/13: „(...) zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (...)” (wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne. Tak więc informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowią jego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazują bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej”; - Wyrok KIO z 21.01.2013 r., KIO 2835/12: „W wyroku sygn. akt KIO 228/11, którego rozstrzygnięcie podziela skład orzekający rozpoznający odwołanie, wyrok znalazł także odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, Izba uznała, że: uprawniona była czynność w zakresie utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji złożonych w toku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Tym samym skład orzekający podzielił stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 2721/10, 2728/10. Przekazane przez wykonawcę Przystępującego informacje, co do których zastrzegł, iż są one tajemnicą przedsiębiorstwa, stanowiły rozwinięcie elementów kosztowych, wskazujących na sposób kalkulacji ceny złożonej oferty. Zawierały także informacje, których wykonawca nie udostępnił na zewnątrz, np. wysokość naliczanej marży. (...)” Wykonawca zwraca uwagę na zastrzeżenie całości załączników do wyjaśnień, odnoszących się do szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz załączonych do niej dowodów, w szczególności ofert podwykonawców, niejednokrotnie na stałe współpracujących z Wykonawcą. Informacje cząstkowe z rzeczowej kalkulacji, jakie mogłyby zostać ewentualnie ujawnione do wiadomości innych konkurentów mogą ujawnić sposób realizacji zamówienia oraz w szczególności metodologię konstrukcji ceny oferty. Tym samym całość utajnionych załączników referuje w pełnym, kompletnym zakresie do określonego sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę; stanowi unikatowe zestawienie przez Wykonawcę procesów, procedur, organizacji pracy i wiedzy zespołu, które stanowią podstawę wyceny oferty. Wykonawca wyjaśnia, iż zastrzeżone

Informacje nigdy nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania, na podstawie określonej strategii ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Biorąc pod uwagę, że zdolności organizacyjne przedsiębiorstwa Wykonawcy są odzwierciedleniem szczególnych sposobów świadczenia usług oraz metod działania opracowanych na podstawie wyłącznie własnych doświadczeń Wykonawcy wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej oraz, że te sposoby i metody są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań, zastrzeżone Informacje są przez Wykonawcę szczególnie chronione (ze względu na ich szczególnie organizacyjny charakter oraz ich dużą wartość gospodarczą). Wykonawca w szczególny sposób dba, aby wszystkie utajnione Informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; każdy inny przedsiębiorca (konkurent) nie ma możliwości dowiedzenia się o zastrzeżonych Informacjach (w tym w szczególności o sposobie realizacji zadań objętych niniejszym zamówieniem) drogą zwykłą i dozwoloną, gdyż znajdują się one w posiadaniu tylko pewnego ograniczonego kręgu osób (tylko niektórych z pracowników Wykonawcy poinformowanych o szczególnie poufnym charakterze zastrzeżonych informacji i o szczególnym trybie postępowania z takimi informacjami), bezwzględnie zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie. Chroniąc zastrzeżone Informacje przed ujawnieniem Wykonawca podjął odpowiednie działania zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym. Do pierwszej z nich zaliczyć należy wprowadzone przez Wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również technologie zabezpieczające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa (patrz załącznik nr 3 - kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.). W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa miała jedynie ograniczona, kontrolowana przez Wykonawcę grupa osób. Uzyskanie tych informacji możliwe było jedynie po zalogowaniu się do systemu wewnętrznego firmy, co każdorazowo wymaga od pracownika podania indywidualnego loginu oraz hasła dostępu. Poza fizycznymi środkami Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosuje także zróżnicowane środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Należy podkreślić, iż poza wewnętrznymi mechanizmami kontroli i zabezpieczenia informacji poufnych Wykonawca stosuje także stosowne środki ochrony w relacjach ze swoimi kontrahentami. Świadczą o tym zawierane przez Wykonawcę klauzule/ umowy o poufności (patrz załącznik nr 2 - klauzula o poufności z umowy podwykonawczej). Mając na uwadze powyższe, zastrzeżenie przez nas tajemnicy całości informacji zawartych w załącznikach do niniejszego pisma, jest w pełni uzasadnione i tym samym zabezpiecza nas przed poniesieniem znacznej szkody majątkowej w wyniku ich ujawnienia przez Zamawiającego. Zgodnie z dominującym poglądem judykatury, to Wykonawca, a nie Zamawiający jest dysponentem informacji, co powoduje że Zamawiający jest zobowiązany respektować stanowisko oferenta w przedmiocie ich utajnienia (tak m.in. wyrok SO w Warszawie z dnia 27.04.2005 r., sygn. V Ca 19/05). Ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach może stwarzać realne zagrożenie zmniejszenia konkurencyjności Wykonawcy w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, narażając Wykonawcę na szkody, a podmiotom konkurencyjnym przyniesie potencjalne korzyści majątkowe. Informacje zastrzeżone jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinny być ujawnione publicznie, ani podmiotom trzecim i nikt oprócz pracowników lub osób, którymi posługuje się Zamawiający w celu przeprowadzenia postępowania, nie będzie miał do nich dostępu. Wykonawca także dopełnił wszelkich niezbędnych formalności, aby te informacje nie były ujawnione, a w szczególności pracownicy Wykonawcy są zobowiązani do zachowania w tajemnicy tych informacji i nieudostępniania ich poza przedsiębiorstwo Wykonawcy, a poza tym liczba osób znających treść zastrzeżonych dokumentów została ograniczona do niezbędnego minimum. Informacje zawarte w zastrzeżonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach mogą interesować konkurencyjnych wykonawców, a informacji tych nie uzyskają drogą „zwykłą” jako informacji publicznej.”.

Do ww. pisma Odwołujący1 załączył:

- jako załącznik nr 1 – oznaczone jako „kalkulacje szczegółowe i dowody” dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach: „Załącznik nr 1 - wprowadzenie_założenia metodologiczne wyjaśnień_TP.pdf”, „Opis do odczytywania danych w Załącznik Nr1.pdf”, „1.1 Tab_zbiorcze zestawienie źródła cen i dowodów_TP.pdf”, „GR1_CZ1_KK.pdf”, „GR1_CZ2_KK.pdf”, „GR2_KK.pdf”, „GR3_KK.pdf”, „GR4_KK.pdf”, „GR5_KK.pdf”, „GR6_CZ1_KK.p”, „GR6_CZ2_KK.pdf”, „GR7_CZ1_KK.pdf”, „GR7_CZ2_KK.pdf”, „GR8_CZ1_KK.pdf”, „GR8_CZ2_KK.p”, „GR9_CZ1_KK.pdf”, „GR9_CZ2_KK.pdf”, „GR10ac_KK.pdf”, „D_1.pdf”, „D_2.pdf”, „D_7.pdf”, „D_15.pdf”, „D_16.pd”, „D_18.pdf”, „D_23.pdf”, „D_40.pdf”, „D_41.pdf”, „D_47.pdf”, „Narzędzia kalkulacja własna.pdf”, „Wykaz środków trwałych.pdf”, „Wykaz środków trwałych_2.pdf”, „Wykaz środków trwałych_3.pdf”,
- jako załącznik nr 2 – oznaczony jako „klauzula o poufności z umowy podwykonawczej” dokument znajdujący się w pliku o nazwie „2024-06-07 - załącznik nr 2 - klauzula poufności z umowy PW.pdf”,
- jako załącznik nr 3 – oznaczony jako „kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.” dokument znajdujący się w pliku o nazwie „2024-06-07 - załącznik nr 3 - kopia zarządzenia 3-2014-O z 11.12.2014.pdf”.

W dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu1 datowane na ten sam dzień pismo o treści

„Dotyczy Części 2 - obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w Rejonie w Nowogardzie. odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa 1. Dokumenty o których mowa poniżej w pkt 6 przestaną być w całości tajne 13 lipca 2024r. i od tego momentu będziemy mogli ją udostępnić wszystkim zainteresowanym. 2. Od naszego odtajnienia przysługuje Państwu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Termin na jego wniesienie upływa 12 lipca 2024 r. Szczegółowe informacje odnośnie postępowania odwoławczego znajdują Państwo w pkt 24 SWZ. 3. Składając ofertę muszą Państwo mieć na uwadze, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne¹. [przypis oznaczony „1” miał treść „art. 18 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp). KIO w wyroku z dnia 28 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3368/23) „(...) zważa, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzecniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy PZP zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a czego nie wykazał Odwołujący w niniejszej sprawie.” – KIO] 4. Odstępstwo od zasady jawności może nastąpić wyłącznie wobec informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim przypadku Państwa obowiązkiem jest wykazać, że faktycznie przekazane informacje są na tyle wyjątkowe, że zasługują na ochronę². [przypis oznaczony „2” miał treść „KIO w wyroku z dnia 23 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 636/18) potwierdziła, że wyjątki od zasady jawności powinny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.” – KIO] 5. Naszym obowiązkiem, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego³ [przypis oznaczony „3” miał treść „Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)” – KIO], jest zweryfikowanie, czy zastrzeżone przez Państwa informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Weryfikacji takiej dokonujemy na podstawie Państwa uzasadnienia zastrzeżenia informacji, które dostaliśmy wraz z tymi informacjami. Treść zastrzeganych informacji jest bez znaczenia dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa⁴. [przypis oznaczony „4” miał treść „KIO w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1237/21) zwróciła uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Co także istotne w niniejszej sprawie, albowiem zamawiający twierdził, że zasadność zastrzeżenia informacji oceniał biorąc pod uwagę charakter przedmiotu umowy oraz wpływ opisanych czynników na ostateczną cenę oferty wykonawcy - stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp [aktualnie to art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – przyp. autora] skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego wyłącznie na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 lipca 2016 r., sygn. III Ca 548/16)” – KIO] 6. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zawiadamia, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych w wyjaśnieniach ceny oferty przekazanych pismem o sygnaturze: Saferoad Services-EZ/62/2024 z dnia 07.06.2024r. i postanawia odtajnić w całości następujące informacje zawarte w plikach o nazwie: 2024-06-07 - załącznik nr 3 - kopia zarządzenia 3-2014-O z 11.12.2014.pdf 2024-06-07 - załącznik nr 2 - klauzula poufności z umowy PW.pdf Załącznik nr 1: 1.2 Dowody i kalkulacje - zawiera TP: - SKK – Tajemnica przedsiębiorstwa: GR11_KK.pdf GR10ac_KK.pdf GR9_KK.pdf GR8_KK.pdf GR7_CZ2_KK.pdf GR7_CZ1_KK.pdf GR6_CZ2_KK GR6_CZ1_KK.pdf GR5_KK.pdf GR4_KK.pdf GR3_KK.pdf GR2_KK.pdf GR1_CZ2_KK.pdf GR1_CZ1_KK.pdf - Dowo Tajemnica przedsiębiorstwa: Wykaz środków trwałych_3.pdf Wykaz środków trwałych_2.pdf Wykaz środków trwałych.pdf Narzędzia kalkulacja własna.pdf - Dowody – Jawne: D_34.pdf D_23.pdf D_19.pdf D_18.pdf D_16.pdf D_15.pdf D_9.pdf D_8.pdf D_7.pdf D_4.pdf D_2.pdf D_1.pdf -Załącznik nr 1 - wprowadzenie_założenia metodologiczne wyjaśnień_Tajemnica_Saferoad.pdf - Opis do odczytywania danych w Załącznik Nr1.pdf - 1.1 Tab_zbiorcze zestawienie źródła cen i dowodów_TP.pdf 7. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły i literalny. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w świetle którego 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. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane ww. przepisie. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

8. To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie. Zamawiający ma obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 10.12.2019 r. (sygn. akt KIO 2376/19), Izba wskazała: „Sama subiektywna wola wykonawcy nie stanowi przesłanki decydującej o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem decydujące znaczenie mają okoliczności obiektywne (...)”. Również w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3483/20) Izba stwierdziła, że: „(...) ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (...). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. sygn. akt 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2379/23), wskazała, że: „W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.”

9. W ocenie Zamawiającego prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy. Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogłyby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę. Dużą część uzasadnienia stanowią teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłyby bez większych zmian zostać przedstawione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. O istnieniu wartości gospodarczej nie może bowiem świadczyć sama w sobie okoliczność, że „informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji szczegółowej ceny oferty”, gdyż prowadziłoby to do absurdu wniosku, że wszystkie założenia kalkulacyjne z zasady posiadają wartość gospodarczą. Ponadto Wykonawca sam wskazał, iż „Informacje te są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego

Zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań niniejszego zamówienia". Wobec powyższego niepowtarzalność tych informacji prowadzi do wniosku o ich przydatności tylko w ramach konkretnego postępowania, w którym oferty zostały już złożone, zatem nie będą mogły być wykorzystane ze szkodą dla Wykonawcy przez innych. Z uzasadnienia nie sposób powziąć wiedzy, dlaczego obliczenia przedstawione w niniejszym postępowaniu mają tak szczególny walor, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać i w jaki sposób mogłaby ona być wykorzystana przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie tych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową. Z uzasadnienia nie wynika bowiem w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi informacjami. W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretnych obrazujących na przykład to w jaki negatywny sposób wykorzystanie przez podmioty konkurencyjne zastrzeżonych w wyżej wymienionym zakresie informacji w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca powinien między innymi wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Dlatego twierdzenia Wykonawcy w zakresie poznania przez konkurentów jego know-how i metodologii konstrukcji ceny należy uznać za chybione. O istnieniu wartości gospodarczej uzasadniającej zastrzeżenie informacji nie może także świadczyć „czas poświęcony na przygotowanie ofert oraz poniesienie nakładów". Bezsprzeczne jest, że każdy z Wykonawców przygotowując oferty poświęca czas i pieniądze. Natomiast gdyby przyjąć, że z tego powodu złożone wyjaśnienia mogły pozostać niejawnymi, to do analogicznego wniosku można by dojść w przypadku każdej innej kalkulacji przedstawianej w postępowaniu przetargowym, czego nie sposób zaakceptować. Ponadto Wykonawca nie wykazał, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu informacji. Wykonawca mimo opisanego szeregu podejmowanych działań, złożył jedynie dwa dokumenty o niewystarczającej wartości dowodowej. Dowód w postaci Zarządzenia nr 3/2014/0 wprowadzającego Politykę bezpieczeństwa informacji ma charakter ramowy i zawiera zbiór ogólnych zasad, których realizacji mają służyć inne dokumenty, takie jak ewidencja osób dopuszczonych do przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i upoważnienia oraz oświadczenia osób upoważnionych, które to dokumenty nie zostały przez Wykonawcę przedstawione. Wykonawca nie załączył powoływanych w uzasadnieniu umów z pracownikami mającymi dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast na podstawie załączonego wyciągu z umowy podwykonawczej zawierającej klauzulę poufności, nie sposób wywnioskować jakiej umowy wyciąg ten dotyczy. 10. Reasumując, informacje te, choć mają charakter organizacyjny nie są uniwersalne oraz nie mają wartości gospodarczej i nie rodzą niebezpieczeństwa wykorzystania ich przez konkurencję. W ocenie Zamawiającego stopień ogólności tych informacji, w tym kalkulacji ceny poszczególnych pozycji bez powiązania ich z innymi informacjami o charakterze handlowym (których Zamawiający nie odtajnił) powoduje, że informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Wykonawcą i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego zakres odtajnionych informacji jest również niezbędny w celu umożliwienia pozostałym Wykonawcom weryfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny. Podniesione przez Wykonawcę w uzasadnieniu ewentualne negatywne konsekwencje ujawnienia tajemnicy są nierealne, bez powiązania ich z innymi metadanymi. Ponadto zauważyć należy, że każdy kontrakt ma swoją specyfikę – przedmiot, zakres, natężenie prac, stawiane do spełnienia wymagania itp., zatem wymaga indywidualizacji elementów cenotwórczych i trudno sobie wyobrazić, aby racjonalny Wykonawca kalkulując cenę oferty opierał się na kalkulacji ceny przez konkurentów we wcześniej prowadzonych postępowaniach, niż rachunku ekonomicznym. 11. Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty i wyroki KIO, Zamawiający postanawia odtajnić przedmiotowe dokumenty i informacje. Zastrzeżona przez Państwa tajemnica przedsiębiorstwa przestanie być tajna w wyżej wymienionym zakresie po upływie terminu na wniesienie odwołania od tej czynności i od tego momentu Zamawiający będzie mógł ją udostępniać wszystkim zainteresowanym, na ich wniosek".

W dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu¹ datowane na ten sam dzień pismo o treści „Dotyczy Część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w Rejonie w Koszalinie. odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa 1. Dokumenty o których mowa poniżej w pkt 6 przestaną być w całości tajne 13 lipca 2024r. i od tego momentu będziemy mogli ją udostępniać wszystkim zainteresowanym. 2. Od naszego odtajnienia przysługuje Państwu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Termin na jego wniesienie upływa 12 lipca 2024 r. Szczegółowe informacje odnośnie postępowania odwoławczego znajdują Państwo w pkt 24 SWZ. 3. Składając ofertę muszą Państwo mieć na uwadze, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne¹. [przypis oznaczony „1” miał treść „art. 18 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp). KIO w wyroku z dnia 28 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3368/23) „(...) zważa, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzecznictwem, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy PZP zasadę jawności

traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a czego nie wykazał Odwołujący w niniejszej sprawie.” – KIO] 4. Odstępstwo od zasady jawności może nastąpić wyłącznie wobec informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim przypadku Państwa obowiązkiem jest wykazać, że faktycznie przekazane informacje są na tyle wyjątkowe, że zasługują na ochronę². [przypis oznaczony „²” miał treść „KIO w wyroku z dnia 23 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 636/18) potwierdziła, że wyjątki od zasady jawności powinny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.” – KIO] 5. Naszym obowiązkiem, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego³ [przypis oznaczony „³” miał treść „Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)” – KIO], jest zweryfikowanie, czy zastrzeżone przez Państwa informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Weryfikacji takiej dokonujemy na podstawie Państwa uzasadnienia zastrzeżenia informacji, które dostaliśmy wraz z tymi informacjami. Treść zastrzeganych informacji jest bez znaczenia dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa⁴. [przypis oznaczony „⁴” miał treść „KIO w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1237/21) zwróciła uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Co także istotne w niniejszej sprawie, albowiem zamawiający twierdził, że zasadność zastrzeżenia informacji oceniał biorąc pod uwagę charakter przedmiotu umowy oraz wpływ opisanych czynników na ostateczną cenę oferty wykonawcy - stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp [aktualnie to art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – przyp. autora] skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego wyłącznie na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 lipca 2016 r., sygn. III Ca 548/16)” – KIO] 6. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zawiadamia, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych w wyjaśnieniach ceny oferty przekazanych pismem o sygnaturze: Saferoad Services-EZ/61/2024 z dnia 10.06.2024r. i postanawia odtajnić w całości następujące informacje zawarte w plikach o nazwie: 2024-06-07 - załącznik nr 3 - kopia zarządzenia 3-2014-O z 11.12.2014.pdf 2024-06-07 - załącznik nr 2 - klauzula poufności z umowy PW.pdf Załącznik nr 1: 1.2 Dowody i kalkulacje - zawiera TP: - SKK – Tajemnica przedsiębiorstwa: GR10ac_KK.pdf GR9_CZ2_KK.pdf GR9_CZ1_KK.pdf GR8_CZ2_KK.pdf GR8_CZ1_KK.pdf.pdf GR7_CZ2_KK GR7_CZ1_KK.pdf GR6_CZ2_KK.pdf GR6_CZ1_KK.pdf GR5_KK.pdf GR4_KK.pdf GR3_KK.pdf GR2_KK GR1_CZ2_KK.pdf GR1_CZ1_KK.pdf - Dowody – Tajemnica przedsiębiorstwa: Wykaz środków trwałych_3.pdf Wykaz środków trwałych_2.pdf Wykaz środków trwałych.pdf Narzędzia kalkulacja własna.pdf - Dowody – Jawne: D_47.pdf D_41.pdf D_40.pdf D_23.pdf D_18.pdf D_16.pdf D_15.pdf D_7.pdf D_2.pdf D_1.pdf -Załącznik nr 1 - wprowadzenie_założenia metodologiczne wyjaśnień_Tajemnica_Saferoad.pdf - Opis do odczytywania danych w Załącznik Nr1.pdf - 1.1 Tab_zbiorcze zestawienie źródła cen i dowodów_TP.pdf 7. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły i literalny. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w świetle którego 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. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane ww. przepisie. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń. 8. To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie. Zamawiający ma obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w

razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 10.12.2019 r. (sygn. akt KIO 2376/19), Izba wskazała: „Sama subiektywna wola wykonawcy nie stanowi przesłanki decydującej o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem decydujące znaczenie mają okoliczności obiektywne (...)”. Również w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3483/20) Izba stwierdziła, że: „(...) ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (...). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. sygn. akt 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2379/23), wskazała, że: „W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gółoślowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” 9. W ocenie Zamawiającego prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy. Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę. Dużą część uzasadnienia stanowią teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłyby bez większych zmian zostać przedstawione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. O istnieniu wartości gospodarczej nie może bowiem świadczyć sama w sobie okoliczność, że „informacje odnoszą się bezpośrednio do założeń przyjętych przez Wykonawcę jako podstawa kalkulacji szczegółowej ceny oferty”, gdyż prowadziłoby to do absurdalnego wniosku, że wszystkie założenia kalkulacyjne z zasady posiadają wartość gospodarczą. Ponadto Wykonawca sam wskazał, iż „Informacje te są zawsze opracowywane w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego oraz w odniesieniu do specyficznych warunków i wymagań niniejszego zamówienia”. Wobec powyższego niepowtarzalność tych informacji prowadzi do wniosku o ich przydatności tylko w ramach konkretnego postępowania, w którym oferty zostały już złożone, zatem nie będą mogły być wykorzystane ze szkodą dla Wykonawcy przez innych. Z uzasadnienia nie sposób powziąć wiedzy, dlaczego obliczenia przedstawione w niniejszym postępowaniu mają tak szczególny walor, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać i w jaki sposób mogłaby ona być wykorzystana przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób pozyskanie tych informacji pozwoliłoby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową. Z uzasadnienia nie wynika bowiem w jaki sposób inni wykonawcy mogliby

zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi informacjami. W przedstawionych wyjaśnieniach brakuje konkretnych obrazujących na przykład to w jaki negatywny sposób wykorzystanie przez podmioty konkurencyjne zastrzeżonych w wyżej wymienionym zakresie informacji w tym postępowaniu może wpłynąć ujemnie na przyszłą działalność Wykonawcy w taki sposób, że skutkiem może być utrudnienie lub nawet uniemożliwienie mu udziału w kolejnych postępowaniach. Wykonawca powinien między innymi wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje lub kiedykolwiek dotyczyło jego samego. Dlatego twierdzenia Wykonawcy w zakresie poznania przez konkurentów jego know-how i metodologii konstrukcji ceny należy uznać za chybione. O istnieniu wartości gospodarczej uzasadniającej zastrzeżenie informacji nie może także świadczyć „czas poświęcony na przygotowanie ofert oraz poniesienie nakładów”. Bezsprzeczne jest, że każdy z Wykonawców przygotowując oferty poświęca czas i pieniądze. Natomiast gdyby przyjąć, że z tego powodu złożone wyjaśnienia mogły pozostać niejawne, to do analogicznego wniosku można by dojść w przypadku każdej innej kalkulacji przedstawianej w postępowaniu przetargowym, czego nie sposób zaakceptować. Ponadto Wykonawca nie wykazał, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu informacji. Wykonawca mimo opisanego szeregu podejmowanych działań, złożył jedynie dwa dokumenty o niewystarczającej wartości dowodowej. Dowód w postaci Zarządzenia nr 3/2014/0 wprowadzającego Politykę bezpieczeństwa informacji ma charakter ramowy i zawiera zbiór ogólnych zasad, których realizacji mają służyć inne dokumenty, takie jak ewidencja osób dopuszczonych do przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i upoważnienia oraz oświadczenia osób upoważnionych, które to dokumenty nie zostały przez Wykonawcę przedstawione. Wykonawca nie załączył powoływanych w uzasadnieniu umów z pracownikami mającymi dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast na podstawie załączonego wyciągu z umowy podwykonawczej zawierającej klauzulę poufności, nie sposób wywnioskować jakiej umowy wyciąg ten dotyczy. 10. Reasumując, informacje te, choć mają charakter organizacyjny nie są uniwersalne oraz nie mają wartości gospodarczej i nie rodzą niebezpieczeństwa wykorzystania ich przez konkurencję. W ocenie Zamawiającego stopień ogólności tych informacji, w tym kalkulacji ceny poszczególnych pozycji bez powiązania ich z innymi informacjami o charakterze handlowym (których Zamawiający nie odtajnił) powoduje, że informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Wykonawcą i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego zakres odtajnionych informacji jest również niezbędny w celu umożliwienia pozostałym Wykonawcom weryfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny. Podniesione przez Wykonawcę w uzasadnieniu ewentualne negatywne konsekwencje ujawnienia tajemnicy są nierealne, bez powiązania ich z innymi metadanymi. Ponadto zauważyć należy, że każdy kontrakt ma swoją specyfikę – przedmiot, zakres, natężenie prac, stawiane do spełnienia wymagania itp., zatem wymaga indywidualizacji elementów cenotwórczych i trudno sobie wyobrazić, aby racjonalny Wykonawca kalkulując cenę oferty opierał się na kalkulacji ceny przez konkurentów we wcześniej prowadzonych postępowaniach, niż rachunku ekonomicznym. 11. Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty i wyroki KIO, Zamawiający postanawia odtajnić przedmiotowe dokumenty i informacje. Zastrzeżona przez Państwa tajemnica przedsiębiorstwa przestanie być tajna w wyżej wymienionym zakresie po upływie terminu na wniesienie odwołania od tej czynności i od tego momentu Zamawiający będzie mógł ją udostępnić wszystkim zainteresowanym, na ich wniosek.”.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu¹ przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp przesłanek skutkujących odrzuceniem Odwołania¹.

Izba uznała, że Odwołanie¹ nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) nie był uzasadniony.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp, „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.”. Art. 11 ust. 2 uznk stanowi, że „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”.

Przed wszystkim należy wskazać, że w świetle treści art. 18 ust. 3 Pzp, a także biorąc pod uwagę treść art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”, art. 18 ust. 2 Pzp, który stanowi, iż „zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie”, art. 74 Pzp, stosownie do którego „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.” oraz art. 73 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania”, niewątpliwie jest, że co do zasady złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i dokumenty złożone jako załączniki do tych wyjaśnień są jawne i – stanowią załączniki do protokołu postępowania - podlegają udostępnieniu, a zawarte w nich informacje są informacjami związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wobec czego Zamawiający może ograniczyć do nich dostęp (w szczególności ich nie ujawniać) tylko w przypadkach określonych w Pzp.

Zważywszy, że nie ujawnianie zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk stanowi wyjątek od wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, art. 18 ust. 3 Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły. Co za tym idzie, w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, a przede wszystkim użyty w nim wyraz „informacji” – który należy rozumieć jako określoną informację, a nie dokument (w szczególności dokument zawierający określoną informację). Biorąc ponadto pod uwagę, że również w art. 11 ust. 2 uznk jest mowa o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), konieczne jest stwierdzenie, że art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieujawniania określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację - co należy mieć na względzie jako „punkt wyjścia” przy rozpoznawaniu odwołania wniesionego na czynność zamawiającego polegającą na „odtajnieniu informacji”.

W konsekwencji należy uznać, że w przypadku, gdy dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje wiele informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 uznk) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, tj. że:

- 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.

Tym samym wykazywanie tych okoliczności ogólnie (łącznie) w odniesieniu do wszystkich tych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, nie czyni zadość temu obowiązkowi.

Wymaga przy tym wskazania, że przepisy Pzp, w szczególności art. 18 ust. 3, nie ograniczają zakresu informacji, które na podstawie tego przepisu mogą nie podlegać ujawnieniu jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk. Zakres ten jest szeroki, a w wielu orzeczeniach Izba wskazywała, jakie informacje mogą nie podlegać ujawnieniu. Jednakże uznanie, że określona informacja nie podlega na podstawie tego przepisu ujawnieniu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie oznacza, że taka sama (a nawet ta sama) informacja nie będzie podlegała ujawnieniu w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nie ujawniania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeże, że informacja ta nie może być udostępniana, oraz wykaże że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie uzasadnia zatem nieudostępnienia określonej informacji to, że w postępowaniu odwoławczym dotyczącym innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba stwierdziła, że taka sama

(rodzajowo) czy nawet ta sama informacja może nie podlegać bądź nie podlega ujawnieniu na podstawie tego przepisu czy że stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie było trafne stanowisko Odwołującego¹, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk poprzez „odtajnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. w sytuacji, gdy Odwołujący, wraz z przedłożeniem wyjaśnień RNC: a) zastrzegł wprost jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” określone informacje, wskazując, że nie mogą być one udostępniane; b) jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje, w szczególności szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej, wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich odtajnienie naraża Odwołującego na poniesienie szkody”.

W świetle zawartych w pismach Odwołującego¹ datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. stwierdzeń „Zastrzeżone załączniki do niniejszego pisma stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia ich utajnienie w całości.” należy uznać, że poczynione przezeń zastrzeżenie, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk nie mogą być udostępniane, dotyczyło załączników do tych pism – czyli wszystkich dokumentów wymienionych w tych pismach jako załączniki. Nie sposób więc przyjąć, że przedmiotowe zastrzeżenie (czy – jak podnosi Odwołujący¹ – zastrzeżenie jako „tajemnicy przedsiębiorstwa”) dotyczyło określonych informacji zawartych w tych dokumentach.

Powyższe potwierdza także treść tego zarzutu, z której wynika, że „zastrzeżonymi informacjami” (które „wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa”) są między innymi „szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej” – niewątpliwie stanowiące dokumenty wymienione w ww. pismach Odwołującego¹ jako załączniki nr 1.

Brak jest także podstaw do uznania, że Odwołujący¹ „wykazał, że zastrzeżone informacje, w szczególności szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej, wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich odtajnienie naraża Odwołującego na poniesienie szkody”.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego¹, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk przez „pominięcie”, „że pozyskanie zastrzeżonych informacji wiązało się z kosztami w postaci licznych nakładów i przyjęcie, by nie miały one wartości gospodarczej, gdy Odwołujący w szczegółowy sposób opisał i wyjaśnił wartość zastrzeżonych informacji w złożonych wyjaśnieniach i złożonym załączniku, jak również przedłożył dowody potwierdzające spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 p.z.p.: Klauzulę o poufności z umowy podwykonawczej oraz Kopię Zarządzenia nr 3/2014/O z dnia 12 grudnia 2014 r. – co potwierdziło nakłady poczynione na zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Należy zauważyć, że w obu pismach przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, że „Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę.”.

W świetle treści Odwołania¹ należy stwierdzić, że w istocie nie jest w nim kwestionowane, iż w pismach Odwołującego¹ datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. nie zostało wykazane posiadanie wartości gospodarczej przez każdą z informacji, znajdujących się w dokumentach, w zakresie których w pismach tych wskazał, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk i które Zamawiający pismami przekazanymi Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. „postanowił odtajnić”. W szczególności w Odwołaniu¹ nie sposób doszukać się wskazania, gdzie w ww. pismach datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. w odniesieniu do poszczególnych z tych informacji przedstawione zostały okoliczności wykazujące posiadanie wartości gospodarczej przez daną informację.

Wymaga zauważenia, że aczkolwiek niewątpliwie w ww. pismach Odwołujący¹ wskazał kwoty, na które szacuje „koszty pracy pracowników oraz koszty przejazdów w celu przeprowadzenia wizji lokalnej”, a które mają wyrażać wartość gospodarczą tych informacji – na co powołuje się również w Odwołaniu¹, to kwoty te są kwotami łącznymi dla wszystkich informacji, w zakresie których w pismach tych wskazał, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk w danej części zamówienia – co Odwołujący¹ potwierdził w trakcie rozprawy. Tym samym kwoty te mogą wyrażać wartość gospodarczą wszystkich informacji, w zakresie których w pismach tych

wskazał, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk w danej części zamówienia, co oznacza, że nie wiadomo, jaka kwota wyraża wartość gospodarczą poszczególnych z tych informacji, a tym samym posiadanie przez nie wartości gospodarczej.

Jak zaś wskazano powyżej, wykonawca zobowiązany jest wykazać posiadanie wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej poszczególniej „innej informacji, posiadającej wartość gospodarczą”, której dotyczy zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że Odwołujący1 nie przedstawił w ww. pismach okoliczności w celu wykazania istnienia jednej z okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk (a w konsekwencji w art. 18 ust. 3 Pzp) w odniesieniu do poszczególnych informacji, znajdujących się w dokumentach, w zakresie których w ww. pismach wskazał, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk.

Twierdzenie Odwołującego1, iż „Odwołujący w szczegółowy sposób opisał i wyjaśnił wartość zastrzeżonych informacji w złożonych wyjaśnieniach i złożonym załączniku” nie znajduje zatem podstaw faktycznych, a tym samym nie uzasadnia stanowiska, iż Zamawiający „pominął”, „że pozyskanie zastrzeżonych informacji wiązało się z kosztami w postaci licznych nakładów” i przyjął, „by nie miały one wartości gospodarczej”.

Nie budzi wątpliwości, że jako załączniki do ww. pism Odwołujący1 złożył dokumenty oznaczone jako „klauzula o poufności z umowy podwykonawczej” oraz „kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.”; nie sposób natomiast przyjąć, że ich złożenie „potwierdziło nakłady poczynione na zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa”, zwłaszcza że w ww. pismach w zakresie wykazania wartości gospodarczej „zastrzeżonych informacji” Odwołujący1 nie powoływał się ich złożenie (czy na same te dokumenty).

Niewątpliwie jest także, że Zamawiający „nie neguje”, że „zastrzeżone przez” Odwołującego1 „informacje” „to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa”.

Wymaga przy tym zauważenia, że w pismach datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. Odwołujący1 nie wskazywał, aby „zastrzeżone przez niego informacje” stanowiły (miały charakter) informacje techniczne bądź technologiczne – wręcz przeciwnie, w obu tych pismach napisano, że „zastrzeżone przez Wykonawcę informacje mają w pełnym zakresie charakter organizacyjny”. W takim stanie rzeczy nie sposób oczekiwać od Zamawiającego, że potwierdzi bądź zaneguje, iż „zastrzeżone przez” Odwołującego1 „informacje” to informacje techniczne czy technologiczne, a brak w tym zakresie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Wbrew stanowisku Odwołującego1, ów brak negacji charakteru „zastrzeżonych przez” Odwołującego1 „informacji” nie stanowił przeszkody dla przyjęcia, iż nie wykazał on, „że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą”. W sytuacji, gdy nie było kwestionowane istnienie obowiązku wykazania przez Odwołującego1 wartości gospodarczej informacji, znajdujących się w dokumentach, w zakresie których w pismach datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. wskazał on, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk i które Zamawiający pismami przekazanymi Odwołującemu1 w dniu 2 lipca 2024 r. „postanowił odtajnić”, to właśnie owo „polemizowanie z uzasadnieniem Odwołującego co do wartości tychże informacji” (a w istocie ocena, czy Odwołujący1 wykazał posiadanie wartości gospodarczej przez te informacje, co jest kwestią sporną) ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy informacje te podlegają udostępnieniu – nie zaś to, jaki jest charakter tych informacji (czy poszczególnych z nich).

Izba nie podzieliła także stanowiska, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk przez „przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał, że podjął należyłą staranność w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności, co stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem Zamawiającego, że przekazane informacje nie są powszechnie znane, co potwierdza skuteczność przyjętych regulacji przez Odwołującego”.

Wymaga wskazania, że w pismach przekazanych Odwołującemu1 w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający napisał, iż „ponadto Wykonawca nie wykazał, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu informacji”, z czego wynika, że Zamawiający nie uznał, iż Odwołujący1 nie wykazał podjęcia należytej staranności w celu utrzymania informacji w poufności, lecz uznał, że Odwołujący nie wykazał podjęcia „dostatecznych” działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Wykazanie przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że określona informacja stanowi informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą oraz że informacja ta nie jest powszechnie znana nie jest wystarczające dla uznania, że informacja ta nie podlega udostępnieniu. Z treści art. 11 ust. 2 uznk wynika, że uznanie danej informacji za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga stwierdzenia dwóch odrębnych okoliczności: jednej - że nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępne dla takich osób - a także drugiej - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W konsekwencji nawet wykazanie przez Odwołującego1, iż nie są powszechnie znane informacje znajdujące

się w dokumentach, w zakresie których w ww. pismach datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. wskazał on, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk i które Zamawiający pismami przekazany Odwołującemu1 w dniu 2 lipca 2024 r. „postanowił odtajnić”, nie uzasadniało przyjęcia, że podjęcie, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania ich w poufności, zostało przezeń wykazane.

Z treści pism przekazanych Odwołującemu1 w dniu 2 lipca 2024 r. wynika, iż podstawą oceny Zamawiającego, że Odwołujący1 „nie wykazał, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu informacji” było uznanie, że „wartość dowodowa” dokumentów oznaczonych jako „klauzula o poufności z umowy podwykonawczej” oraz „kopia Zarządzenia nr 3/2014/O z dn. 11.12.2014 r.”; jest niewystarczająca, przy czym Zamawiający wskazał, iż „Dowód w postaci Zarządzenia nr 3/2014/O wprowadzającego Politykę bezpieczeństwa informacji ma charakter ramowy i zawiera zbiór ogólnych zasad, których realizacji mają służyć inne dokumentów, takie jak ewidencja osób dopuszczonych do przetwarzania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i upoważnienia oraz oświadczenia osób upoważnionych, które to dokumenty nie zostały przez Wykonawcę przedstawione. Wykonawca nie załączył powoływanych w uzasadnieniu umów z pracownikami mającymi dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast na podstawie załączonego wyciągu z umowy podwykonawczej zawierającej klauzulę poufności, nie sposób wywnioskować jakiej umowy wyciąg ten dotyczy.”. Powyższych stwierdzeń, w świetle treści ww. dwóch dokumentów oraz przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego1 pism datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. nie sposób uznać za nietrafne.

Zważywszy więc, że w Odwołaniu1 zasadności tych stwierdzeń nie kwestionowano, Izba uznała, że okoliczności przedstawione w tym odwołaniu nie uzasadniają uznania oceny Zamawiającego w zakresie wykazania przez Odwołującego1 podjęcia działań w celu utrzymania w poufności informacji znajdujących się w dokumentach, w zakresie których w pismach datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. wskazał on, że „stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2” uznk, za prawidłową.

Zarzut naruszenia art. 16 Pzp w związku z art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 uznk był nieuzasadniony.

Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”. Art. 11 uznk stanowi zaś, że „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. 4. Wykorzystanie lub ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności gdy następuje bez zgody uprawnionego do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi i narusza obowiązek ograniczenia ich wykorzystywania lub ujawniania wynikający z ustawy, czynności prawnej lub z innego aktu albo gdy zostało dokonane przez osobę, która pozyskała te informacje, dokonując czynu nieuczciwej konkurencji. 5. Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi czyn nieuczciwej konkurencji także wówczas, gdy w chwili ich ujawnienia, wykorzystania lub pozyskania osoba wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć, że informacje zostały pozyskane bezpośrednio lub pośrednio od tego, kto wykorzystał lub ujawnił je w okolicznościach określonych w ust. 4. 6. Wykorzystywanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa polegające na produkowaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu, a także przywozie, wywozie i przechowywaniu w tych celach towarów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli osoba dokonująca wskazanej czynności wiedziała lub przy zachowaniu należytej staranności mogła wiedzieć o tym, że właściwości towarów, w tym estetyczne lub funkcjonalne, proces ich wytwarzania lub zbywania zostały w znacznym stopniu ukształtowane w następstwie czynu określonego w ust. 1, dokonanego w okolicznościach określonych w ust. 4. 7. Pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli nastąpiło w wyniku niezależnego odkrycia lub wytworzenia albo obserwacji, badania, rozłożenia na części, testowania przedmiotu dostępnego publicznie lub posiadanego zgodnie z prawem przez osobę, która pozyskała informacje i której uprawnienie do pozyskania informacji nie było ograniczone w chwili ich pozyskania. 8. Ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdy nastąpiło w celu ochrony uzasadnionego interesu chronionego prawem, w ramach korzystania ze swobody wypowiedzi lub w celu ujawnienia nieprawidłowości, uchybienia, działania z naruszeniem prawa dla ochrony interesu publicznego, lub gdy

ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec przedstawicieli pracowników w związku z pełnieniem przez nich funkcji na podstawie przepisów prawa było niezbędne dla prawidłowego wykonywania tych funkcji.”

Należy stwierdzić, że w Odwołaniu¹ nie wskazano, dlaczego zdaniem Odwołującego¹ dokonując czynności „odtajnienia” informacji wymienionych w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający naruszył wynikający z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Z treści Odwołania¹ nie wynika także, na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 11 uznk - jaką wynikającą z tego przepisu, zawierającego osiem jednostek redakcyjnych, normę Zamawiający naruszył i w jaki sposób. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Nie sposób uznać za trafne twierdzenia Odwołującego¹, że ww. czynności Zamawiający dokonał „przedwcześnie”, „bez uprzedniego zbadania treści dokumentów, a przez to” nie zbadał „uprzednio zawartych w nich danych”.

Podzielić przy tym należy stanowisko, że w sytuacji, gdy wykonawca zastrzega, że określone informacje nie mogą być udostępniane, zamawiający zobowiązany jest z należytą starannością dokonać oceny, czy wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zważywszy jednak, że należyte wykonanie tego obowiązku nie oznacza, że wynik tej oceny jest prawidłowy, nie można uznać, że wynik tej oceny sam w sobie świadczy o prawidłowości jej dokonania. W konsekwencji to, że Zamawiający „odmówił utajnienia” informacji zawartych w dokumentach (plikach) wymienionych w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. nie oznacza, że Zamawiający dokumentów tych nie zbadał.

Nie ulega zaś wątpliwości, że czynności „odtajnienia” informacji zawartych w dokumentach (plikach) wymienionych w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. nie obejmowały wszystkich informacji zawartych w dokumentach załączonych do przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego¹ pism datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r. W ocenie Izby już samo to wskazuje, że przed dokonaniem ww. czynności „odtajnienia” informacji Zamawiający dokonał oceny, czy Odwołujący¹ wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Konieczne jest zauważenie, że w przypadku, gdy ta sama informacja, w zakresie której wykonawca zastrzegł, że nie może być udostępniana, znajduje się w różnych dokumentach, dokonując czynności „odtajnienia” informacji zamawiający określi zakres informacji, które czynność ta obejmuje, przez odwołanie się do niektórych z tych dokumentów, oraz zostanie wniesione odwołanie na tą czynność, Izba ocenia wyłącznie prawidłowość czynności, na którą wniesiono odwołanie, czyli „odtajnienia” informacji zawartej w określonym dokumencie - nie ma zaś podstaw do oceny prawidłowości nieujawnienia tej samej informacji, zawartej w innym dokumencie. Przepisy Pzp nie uzasadniają przy tym uznania, że w takiej sytuacji Izba jest „związana” nieujawnieniem tej informacji w ten sposób, że skutkuje ono koniecznością uznania za nieprawidłowe „odtajnienia” tej samej informacji zawartej w dokumencie, do którego zamawiający się odwołał dokonując czynności.

Wobec powyższego okoliczność, że w dokumentach, które zostały załączone do przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego¹ pism datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r., a które nie zostały wymienione w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r., zawarte są te same dane identyfikujące kontrahentów Odwołującego¹, które są zawarte w dokumentach (plikach) wymienionych w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r., pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego¹, że w takiej sytuacji Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia. Z art. 18 ust. 3 Pzp wynika, że nieujawnieniu podlega wyłącznie taka informacja, wraz z przekazaniem której wykonawca zastrzegł, że nie może być udostępniana, oraz wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa – co oznacza, że zamawiający ocenia, czy wykonawca zastrzegł, że dana informacja nie może być udostępniana, oraz wykazał, że informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wyłącznie na podstawie tego, co wraz z przekazaniem informacji wykonawca przedstawił zamawiającemu; negatywny wynik tej oceny rodzi obowiązek udostępnienia tej informacji zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, nie uprawnia zaś do zwracania do wykonawcy o wyjaśnienia – zarówno w zakresie okoliczności przedstawionych w celu wykazania, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i w zakresie „okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Mając na względzie, że w odwołaniu nie przedstawiono innych okoliczności uzasadniających przyjęcie w świetle dokumentów znajdujących się w dokumentacji Postępowania, w szczególności przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego¹ pism datowanych na 7 czerwca 2024 r. i 10 czerwca 2024 r., że czynności „odtajnienia” informacji zawartych w dokumentach wymienionych w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu¹ w dniu 2 lipca 2024 r. w zakresie danych identyfikujących kontrahentów Odwołującego¹ były nieprawidłowe, w szczególności w których miejscach ww. pism przedstawiono okoliczności w celu wykazania, że dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,

brak było podstaw do uznania tych czynności za niezgodne z przepisami Pzp.

W konsekwencji przedstawione w Odwołaniu1 okoliczności uzasadniające jego wniesienie w zakresie tego zarzutu by nie uzasadniały uznania, że Zamawiający naruszył art. 18 ust. 3 Pzp poprzez nie zbadanie treści dokumentów zawierających informacje wymienione w punktach 6 pism przekazanych Odwołującemu1 w dniu 2 lipca 2024 r.

Wobec powyższego Izba oddaliła Odwołanie1.

W postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2450/24 Izba ustaliła w zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i zważyła, co następuje:

Zamawiający przekazał Odwołującemu2 datowane na 22 maja 2024 r. pismo, w którym zwrócił się o „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny Państwa oferty - w celu ustalenia, czy zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w SWZ” oraz „przedstawienie szczegółowej i wyczerpującej informacji na temat sposobu skalkulowania ceny całej oferty oraz odniesienie się do poszczególnych pozycji cenowych w każdym z działów Formularza Cenowego stanowiących załączniki do pisma dla grup tj. G1 - G11”.

Odwołujący1 przekazał Zamawiającemu datowane na 10 czerwca 2024 r. pismo stanowiące odpowiedź na ww. pismo, do którego załączono dokumenty znajdujące się w plikach o nazwach: „GR1_1.3_Koszalin S6.pdf”, „GR1_3.1_Koszalin S6.pdf”, „GR1_3.2_Koszalin S6.pdf”, „GR1_4.1_Koszalin S6.pdf”, „GR1_18.1_Koszalin S6.pdf”, „GR1_18.2_Koszalin S6.pdf”, „GR2_1.1_Koszalin S6.pdf”, „GR2_1.2_Koszalin S6.pdf”, „GR2_3.1_Koszalin S6.pdf”, „GR2_3.2_Koszalin S6.pdf”, „GR3_2.1_Koszalin S6.pdf”, „GR3_7.1_Koszalin S6.pdf”, „GR4_5.1_Koszalin S6.pdf”, „GR4_5.2_Koszalin S6.pdf”, „GR4_5.4_Koszalin S6.pdf”, „GR4_7.1_Koszalin S6.pdf”, „GR4_7.2_Koszalin S6.pdf”, „GR4_7.3_Koszalin S6.pdf”, „GR4_7.4_Koszalin S6.pdf”, „GR4_7.7_Koszalin S6.pdf”, „GR4_8.1_Koszalin S6.pdf”, „GR4_19.4_Koszalin S6.pdf”, „GR5_1.7_Koszalin S6.pdf”, „GR6_1.12_Koszalin S6.pdf”, „GR6_1.13_Koszalin S6.pdf”, „GR6_2.4_Koszalin S6.pdf”, „GR6_2.7_Koszalin S6.pdf”, „GR6_2.17_Koszalin S6.pdf”, „GR6_2.21_Koszalin S6.pdf”, „GR6_2.23_Koszalin S6.pdf”, „GR6_3.8_Koszalin S6.pdf”, „GR7_3.1_Koszalin S6.pdf”, „GR7_3.3_Koszalin S6.pdf”, „GR7_3.4_Koszalin S6.pdf”, „GR7_6.2_Koszalin S6.pdf”, „GR7_6.5_Koszalin S6.pdf”, „GR7_7.3_Koszalin S6.pdf”, „GR7_11.3_Koszalin S6.pdf”, „GR7_11.4_Koszalin S6.pdf”, „GR7_13.1_Koszalin S6.pdf”, „GR7_14.1_Koszalin S6.pdf”, „GR7_14.2_Koszalin S6.pdf”, „GR7_14.3_Koszalin S6.pdf”, „GR7_14.5_Koszalin S6.pdf”, „GR7_16.1_Koszalin S6.pdf”, „GR7_17.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_1.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_1.3_Koszalin S6.pdf”, „GR8_1.4_Koszalin S6.pdf”, „GR8_1.5_Koszalin S6.pdf”, „GR8_1.6_Koszalin S6.pdf”, „GR8_2.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_3.4_Koszalin S6.pdf”, „GR8_4.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_4.2_Koszalin S6.pdf”, „GR8_5.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_5.2_Koszalin S6.pdf”, „GR8_5.3_Koszalin S6.pdf”, „GR8_5.4_Koszalin S6.pdf”, „GR8_7.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_7.4_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.2_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.3_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.8_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.10_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.15_Koszalin S6.pdf”, „GR8_8.16_Koszalin S6.pdf”, „GR8_9.1_Koszalin S6.pdf”, „GR8_9.2_Koszalin S6.pdf”, „GR9_1.5_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.2a_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.2b_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.3_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.16_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.18_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.19_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.21_Koszalin S6.pdf”, „GR9_2.22_Koszalin S6.pdf”, „GR10C_odsniezanie+usuwanie śliskości_Koszalin S6.pdf”, „GR10C_usuwanie śliskości_Koszalin S6.pdf”, „GR11_Koszalin S-6, S11”, „1. Tabela stawka roboczogodziny w narzutami.pdf”, „2. Wykaz pracowników grup bitumicznych.pdf”, „3. Wykaz sprzętu do wykonywania robót bitumicznych.pdf”, „4. Wykaz środków transportu grup bitumicznych.pdf”, „5. Ceny hurtowe ORLEN I kwartał 2024.pdf”, „19. GR6 Wykaz sprzętu do ozn poz.pdf”, „31. GR7 Wykaz sprzętu do barier (kafary)”, „36. GR8 Wykaz zamiatarek ZABERD.pdf”, „37. GR8 Wykaz sprzętu ZABERD GR8.pdf”, „38. GR8 Wykaz sprzętu ORFIN GR8.pdf”, „42. GR8 Odpady organiczne cena.pdf”, „4 GR8 Sznurek do wiązań oferta.pdf”, „43A. GR8 Oferta paliaki do drzewek.pdf”, „47. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,2 dc 0,5kg_1mb.pdf”, „48. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,5 do 1kg_1mb.pdf”, „50. Piasek do chodników.pdf”, „52. GR8 Farba Beton.pdf”.

Ponadto Odwołujący1 przekazał Zamawiającemu drugie datowane na 10 czerwca 2024 r. pismo o treści „Mając na uwadze treść złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień w zakresie składników cenotwórczych oferty, w tym załączone dowody, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.Dz.U.2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk”), Wykonawca Zaberd sp. z o.o. zastrzega następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom): a) szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen i indywidualnych rabatów; b) oferty podwykonawców i dostawców; c) umowy podwykonawcze i umowy o współpracy; d) dane pracowników i dowody potwierdzające posiadane przez nich uprawnienia; e) Wykazy sprzętu; f) Stany magazynowe Zaberd sp. z o.o. Możliwość zastrzeżenia poufności wszelkich informacji przedkładanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 7.09.2021r. (sygn.akt: C-927/19) Trybunału Sprawiedliwości podkreślił bowiem, że „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierają się na stosunku zaufania między instytucjami

zamawiającymi a wykonawcami, ci ostatni powinni móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania o udzielenie zamówienia bez obawy, że instytucje te prześlą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym wykonawcom szkodę (zob. podobnie wyroki: z dnia 14.02.2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; a także z dnia 15.07.2021r., Komisja/Landesbank Baden-Württemberg i SRB, C-584/20 i C-621/20 P, EU:C:2021:601, pkt 112 i przytoczone tam orzecznictwo)".

UZASADNIENI

Przepis art. 11 ust. 2 uznk stanowi: „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”.

RODZAJ INFORMACJI – WARTOŚĆ GOSPODARCZA

Zastrzeżone informacje wynikające z ofert podwykonawczy umów handlowych oraz umów o współpracy, a także będąca ich wynikiem kalkulacja ceny jednostkowej w sposób oczywisty stanowią „informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. To właśnie indywidualnie skalkulowane oferty i upusty stanowią podstawę konkurowania Zaberd sp. z o.o. w jednolitym rynku utrzymaniowym. Bezsprzecznym jest, że właśnie wysokość kosztów wynikająca z wieloletniego doświadczenia w koordynowaniu prac podwykonawców i dostawców przesądza o przewadze konkurencyjnej i daje podstawy oferowania atrakcyjnych cen, co prowadzi do oczywistego wniosku, że właśnie te ceny, a także informacje o nawiązanych kontraktach i współpracy, kształtowane indywidualnie mają dla Zaberd sp. z o.o. unikalną wartość gospodarczą. W praktyce to bowiem w znakomitej większości wypadków wyłączność we współpracy z danym dostawcą, czy podwykonawcą przesądza o możliwości zaoferowania niższej, ale stabilnej ceny. Tym samym wiedza konkurencji na ten temat może w sposób bezpośredni uderzać w pozycję rynkową Zaberd sp. z o.o. Potencjalni konkurenci mogą bowiem podejmować próby przejmowania kontraktów podwykonawczych Zaberd sp. z o.o. np. poprzez oferowanie wyższych stawek za usługi czy materiały. W ten oczywisty sposób potwierdza się przesłanka wartości gospodarczej zastrzeżonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny informacji. Wykonawca wskazuje, że zastrzeżenie poufności tych informacji podyktowane jest koniecznością ochrony jego interesów gospodarczych. Zestawienie danych zawartych w niniejszych wyjaśnieniach umożliwia bowiem poznanie strategii cenowej i metod kalkulacji przyjętych przez Wykonawcę, marżach Wykonawcy, kontrahentach Wykonawcy oraz stawkach i rabatach uzyskanych od podwykonawców i dostawców w drodze negocjacji. Wartość gospodarcza oraz znaczenie zastrzeżonych przez Wykonawcę informacji znajduje potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie KIO - wyrok z dnia 9 maja 2022 r. (sygn.akt: KIO 991/22), gdzie KIO wskazuje, że wypracowane w ramach prowadzonej działalności „relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejącej pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji”. - wyrok KIO z dnia 28.02.2022r.; sygn.akt: KIO 245/22: „Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych i informacje ujawniające istotne elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” Sposób kalkulacji ceny jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy z uwagi na fakt, że każde przedsiębiorstwo posiada własną specyfikę działalności i określony potencjał. Cena oferty jest zatem w każdym przypadku korelacją szeregu elementów, np. własnego potencjału kadrowego i sprzętowego, możliwości logistycznych, wysokości założonego zysku, cen podwykonawstwa i materiałów, kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, wielkości uzyskanych rabatów oraz źródeł dostaw. W orzecznictwie KIO ocena kalkulacji cenowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa również znajduje jednoznaczne poparcie: - wyrok KIO z dnia 28.12.2021 r.; sygn. akt: KIO 3513/21: „Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości” - wyrok KIO 180/13: „szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem min, kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną. Ponadto do wyjaśnień zostały załączone dokumenty zawierające szczegółowe zestawienia w zakresie kalkulacji cenowej, kopie ofert poddostawców wraz z wyceną poszczególnych elementów wchodzących w skład

przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa przedstawione w piśmie z dnia 9 maja 2012 r. w ocenie Izby zawierają informacje handlowe niosące ze sobą wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy pozostające w związku z informacjami, które zostały złożone w ofercie i zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa", - wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1432/12, "(...) zawarcie w treści wyjaśnień informacji dotyczących podejmowanych przez wykonawcę działań mających na celu obniżenie stosowanych cen, może uzasadniać uznanie tych sygn. akt: KIO 180/13 informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, która nie podlega ujawnieniu. Informacje tego rodzaju, stanowiące element konkurencji na rynku i sposobu uzyskiwania przewagi nad innymi wykonawcami, wyczerpują definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. Z powyższych względów Izba nie dopatryła się w działaniach Zamawiającego w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych." - wyrok KIO z dnia 15 lutego 2012 r., sygn. akt: KIO 217/12: "Izba uznała, że dokumenty zawarte, jako załącznik (...) zostały przez zamawiającego ocenione prawidłowo jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty na tych bowiem załącznikach zawarte dotyczą ofert podwykonawców, umów o nadzór autorski, umów na opracowanie dodatkowej dokumentacji, rachunków i faktur na podstawie, których przystępujący szacował ceny poszczególnych elementów oferty, oferty dotyczące dojazdów, wykazanie przyjętej kalkulacji związanej z możliwością łączenia czynności nadzoru autorskiego (wyjazdów) w ramach różnych umów o nadzór autorski dla kilku zamawiających itp. czyli inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Te informacje wskazują na rynku zaopatrzenia przystępującego, warunki, na jakich pozyskuje zamawiane usługi czy roboty, oraz wartość tych świadczeń, ma to przełożenie na wartość gospodarczą, gdyż stanowi informację o stosowanych upustach, rabatach, promocjach, czy po prostu o cenach oferowanych przez tych podwykonawców swojemu kontrahentowi, pozyskanie tych informacji przez konkurencję może spowodować, że firmy konkurencyjne postarają się pozyskać wskazanych podwykonawców dla realizacji własnych świadczeń i w ten sposób uniemożliwić przystępującemu wykorzystanie uzyskanych przez niego potencjałów". Zastrzeżone informacje szczegółowo przedstawiają kalkulację elementów ceny ofertowej w oparciu o: - wieloletnie doświadczenie rynkowe; - potencjał kadrowy; - doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracę ze sprawdzonymi podwykonawcami, usługodawcami i dostawcami; Sposób organizacji pracy w ramach szerokiego rynku utrzymaniowego stanowi know-how Wykonawcy o istotnej wartości gospodarczej. W przypadku zatem odtajnienia przedkładanych obecnie kalkulacji, konkurenci Wykonawcy uzyskają bezpłatny dostęp do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech Wykonawcy mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie przez nich w innych okolicznościach nie byłoby możliwe. Objęte tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacje poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia umożliwią pozostałym oferentom, odtworzenie z dużym stopniem szczegółowości: - poziomu i sposobu wyceny kosztów wykonania poszczególnych robót przez Wykonawcę; - wysokości założonego zysku; - metod minimalizowania kosztów; - przyjętych rozwiązań organizacyjnych i technologicznych; - posiadanego potencjału, który umożliwił Wykonawcy obniżenie kosztów realizacji inwestycji w stosunku do cen konkurentów; - poziomu kosztów stałych; - wysokości kosztów towarzyszących; - wysokości stawek jednostkowych, - danych dotyczących zasobów kadrowych oraz kosztów ponoszonych na ich zatrudnienie, co może umożliwić konkurencji ich pozyskanie, pogarszając znacznie możliwość skutecznego ubiegania się o zamówienia publiczne przez Zaberd sp. z o.o. w obszarach, w których zasoby te są niezbędne do realizacji zamówienia; (w tym kontekście Zaberd sp. z o.o. posiada bardzo negatywne doświadczenia właśnie związane z pozyskaniem jednego z pracowników przez podmiot konkurencyjny w jednym z postępowań, co skutkowało zmianą punktacji dla Zaberd sp. z o.o. - postępowanie prowadzone przez GDDKiA w Katowicach, rejon Lubliniec) Mając na uwadze powyższe nie budzi wątpliwości, iż mamy do czynienia z wypełnieniem kolejnego elementu przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Ustawodawca bowiem w obecnym stanie prawnym wskazał, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, 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. Takim szczególnym zestawieniem lub zbiorem elementów jest właśnie kalkulacja sporządzana na potrzeby wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz załączonymi do niej dowodami. Z punktu widzenia procedur obowiązujących u Wykonawcy, przy uwzględnieniu struktury organizacyjnej – zbiór informacji w zakresie kalkulacji ceny ofertowej wraz z dowodami, zindywidualizowany na potrzeby danego postępowania znany jest jedynie Zarządowi i Działowi Pozyskiwania kontraktów (w załączeniu struktura organizacyjna). Nawet pion finansowy otrzymuje w toku realizacji kontraktów faktury kosztowe, w oderwaniu jednak od ich struktury w ramach realizacji zamówienia. Umowy podwykonawcze (co oczywiste) są natomiast znane działowi realizacji kontraktów, który nadzoruje ich wykonanie, przy czym jego pracownicy również zobowiązani są do zachowania pełnej poufności. Z całą natomiast pewnością zastrzeżony zbiór informacji nie jest dostępny w żaden sposób podmiotom i osobom zewnętrznym, co dowodzi, że podjęto wszelkie działania w celu zachowania poufności tych danych. Wykonawca, z uwagi na aktualne uwarunkowania rynkowe kalkuluje ceny z uwzględnieniem długoletniego doświadczenia i własnego potencjału wynikającego z pozycji rynkowej. Oferta oraz jej cena zostały zatem opracowane z zastosowaniem metod, informacji i schematów organizacyjnych stanowiących know-how Wykonawcy. Informacje te

mają charakter uniwersalny, ponieważ Wykonawca stosuje je obliczając ceny ofert również w innych przetargach. W związku z tym ujawnienie zastrzeżonych informacji będzie miało negatywny wpływ na pozycję rynkową Wykonawcy. Podmioty konkurujące z Wykonawcą uzyskają bowiem na tej podstawie (tj. znając założenia kalkulacyjne Wykonawcy) możliwość kształtowania własnych cen na poziomie odpowiednio niższym w kolejnych postępowaniach oraz mogłyby wykorzystać schematy kalkulacji zastosowane przez Wykonawcę, bez ponoszenia żadnych, dodatkowych wydatków na modyfikację czy aktualizację własnych strategii cenowych. Przedstawione metody i kalkulacje przez Wykonawcę niniejszego zamówienia, który umożliwiły mu przedłożenie najtańszej oferty, stanowią zatem zestaw informacji o istotnym znaczeniu gospodarczym, który w niniejszym postępowaniu umożliwił uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami. Z tego powodu Wykonawca jest uprawniony do zastrzeżenia poufności tych danych. Wykonawca zastrzega poufność przedkładanych ofert podwykonawców i dostawców oraz umów ramowych i partnerskich. Dokumenty te zawierają nazwy i dane kontaktowe kontrahentów Wykonawcy oraz warunki cenowe uzyskane na potrzeby kalkulacji oferty. Dane zawarte w ofertach podwykonawców mają zatem istotną wartość gospodarczą i w sposób bezpośredni przekładają się na cenę niniejszej oferty i ofert składanych w kolejnych postępowaniach. Ponadto dane te mogą zostać wykorzystane przez innych oferentów w przyszłości, np. w celu podjęcia współpracy z tymi podmiotami, wynegocjowania korzystniejszych warunków finansowych współpracy czy nawiązania z danym podmiotem współpracy na wyłączność, co pozbawi Wykonawcę możliwości korzystania z usług dotychczasowego kontrahenta.

NIEUJAWNIANIE DO WIADOMOŚCI PUBLICZNEJ I PODEJMOWANIE DZIAŁ CELU ZACHOWANIA POUFNOŚCI ZASTRZEŻONYCH INFORMACJI Zastrzeżone niniejszym pismem informacje i nigdy nie były ujawniane do wiadomości publicznej, a Wykonawca Zaberd sp. z o.o. bieżąco podejmuje działania niezbędne do zachowania ich poufności. Do działań tych należą: - obejmowanie klauzulami poufności umów podwykonawczych i umów o dostawy; - stosowanie wewnętrznych procedur zachowania poufności w procesie ofertowania; - obowiązek składania oświadczeń o poufności przez pracowników Wykonawcy; Wykonawca wskazuje również, że jest zobowiązany do utrzymania w tajemnicy przekazywanych informacji dotyczących zasad współpracy z podwykonawcami i dostawcami z uwagi na zastrzeżenia poufności zawarte w tych ofertach. Wykonawca wskazuje, że w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji podjął odpowiednie działania o charakterze fizycznym i prawnym. Wykonawca stosuje m.in. wewnętrzne procedury i dokumenty regulujące zasady ochrony informacji poufnych i danych osobowych przedkładanych w celu potwierdzenia rzeczywistego wdrożenia ww. procedur w przedsiębiorstwie Wykonawcy. Ponadto Instrukcja co do sposobu i trybu przetwarzania informacji i dokumentów oznaczonych tajemnicą przedsiębiorstwa w Zaberd sp. z o.o. reguluje zasady przepływu informacji w procesie ofertowania oraz zakresy czynności pracowników związanych z przygotowaniem oferty. Zasadą jest, że wszelkie informacje uzyskane w ramach lub w związku z przygotowaniem oferty muszą być traktowane przez pracowników Wykonawcy jako informacje poufne i zachowywane w tajemnicy. Oferty są opracowywane przez odrębne zespoły, a wgląd w pełen zestaw informacji jest organizacyjnie ograniczony do kierownictwa odpowiedzialnego za proces. Ponadto zasoby Działu Pozyskiwania Kontraktów, zgodnie z wewnętrznymi regulacjami Wykonawcy, umieszczone są jedynie w sieci wewnętrznej i dostępne dla ograniczonej grupy osób. Każda z osób, mających dostęp do informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa składa w tym zakresie osobne oświadczenie i zobowiązanie do zachowania poufności. Ceny wynegocjowane między Wykonawcą a Podwykonawcami i dostawcami stanowią indywidualny, niepodlegający zaprzeczeniu „dorobek handlowy” firmy; negocjacje i uzgodnienia zakończono przed złożeniem oferty Zamawiającemu. Strony zastrzegły nieupublicznianie wyników negocjacji indywidualnych i podania do publicznej wiadomości podjętych ustaleń w celu uniknięcia ich wykorzystania przez firmy konkurencyjne. Kalkulacja nasza jest sporządzana indywidualnie dla każdego kontraktu a szereg czynników jest wynikiem powiązań i rozliczeń ekonomiczno - finansowych wynikających z planowania, synergii i dywersyfikacji działalności firmy co stanowią istotne informacje gospodarcze i handlowe. Informacje, takie jak sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych, w tym np. cen zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, ceny materiałów - stanowią indywidualny dorobek handlowy firmy. Utrata (upublicznienie) tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia naszej pozycji na rynku. W celu zapewnienia przed niekontrolowanym wpływem danych i informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w firmie funkcjonują procesy, które wskazują, że określone informacje są traktowane jako poufne. Zapewnia to funkcjonujący przy Zarządzie 2 osobowy zespół zajmujący się m. innymi oceną, wdrażaniem i utrzymaniem procedur w zakresie ochrony danych i informacji, który prowadzi i nadzoruje proces poprzez odpowiednio: identyfikację, komunikację, zabezpieczenie, procedury, szkolenia. Efektem tego są podjęte i utrzymywane w firmie środki ochrony w tym m. innymi: dopuszczenie do informacji jedynie wąskiego kręgu pracowników; oświadczenia o poufności w umowach z pracownikami i klauzule o poufności w umowach z kontrahentami; stosowanie zasady „need to know”, czyli udostępnianie informacji tylko tym osobom, którym jest ona potrzebna (zapobiega to temu, by informacja była dostępna dla każdego, kto ma na to ochotę); wprowadzenie zasady niszczenia zbędnych dokumentów

i zasady czystego biurka; zamykanie ważnych dokumentów w zamykanych na klucz szafach; wprowadzenie indywidualnych haseł dostępu do komputerów i systemu informatycznego; indywidualne hasła dostępu do baz danych; rejestracja wraz z identyfikacją wejść do bazy informacji i danych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa; oznaczanie dokumentów klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”; zainstalowanie w komputerach odpowiedniego oprogramowania śledzącego, zabezpieczającego przez utratą i kradzieżą danych i informacji; monitoring i ograniczenia dostępu pracowników do ważnych pomieszczeń; monitorowanie gości (przepustki, identyfikatory); wydzielenie miejsc do spotkań z gośćmi, kontrahentami; zabezpieczanie informacji podczas negocjacji, wprowadzenie zasad informowania pracowników o informacjach poufnych, klasyfikowanie informacji; regularne szkolenia pracowników w zakresie ochrony informacji i danych. Jednocześnie Wykonawca zabezpiecza posiadane zasoby oraz stosowane procedury, poprzez pozyskanie od osób zajmujących się przygotowaniem ofert oświadczeń załączonych do przedłożonej procedury. Zaberd sp. z o.o. przygotowuje i przedkłada oferty w oparciu o indywidualną metodologię wyceny, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa i podlega ochronie zgodnie z Polityką ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Metodologia ta stanowi narzędzie analityczne, oparte na wieloletnich unikalnych doświadczeniach Zaberd sp. z o.o. w ramach kontraktów utrzymaniowych. Ze względu na sposób kalkulacji ceny przyjęty przez GDDKiA w założeniach dla kontraktów utrzymaniowych i jej zryczałtowaną wartość jednostkową - konieczna jest szczegółowa analiza zarówno ryzyk, jak i danych handlowych przed złożeniem oferty. Wiedzę w tym zakresie posiadają wyłącznie pracownicy Zaberd sp. z o.o., którzy zobowiązani są do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o Regulamin Pracy. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma więc wymiar obiektywny. Kalkulacja ceny na najniższym, możliwym do osiągnięcia, a zarazem realnym poziomie była możliwa dzięki zastosowanym przez Wykonawcę metodom kalkulacji i przyjętym założeniom technologicznymi, organizacyjnym, logistycznym i materiałowym przy jednoczesnym zachowaniu wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w SWZ. Ujawnienie zatem informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach narazi Wykonawcę na poniesienie szkody o konkretnych wymiarach finansowych. Wykonawca podkreśla, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości i są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. kadry kierowniczej i upoważnionym pracownikom Wykonawcy. Tajemnica przedsiębiorstwa nie traci swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy Wykonawcy lub inne osoby, którym Wykonawca powierza informacje. Powyższe dane stanowią informacje handlowe i organizacyjne Wykonawcy. Informacja handlowa obejmuje bowiem „całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacją handlową będą dane dotyczące prowadzonej działalności handlowej, w tym zawarte przez wykonawcę z innymi przedsiębiorcami lub klientami umowy oraz porozumienia, listy klientów, zasady współpracy, stanowiące jego plany, strategię współpracy oraz sposób współpracowania podmiotu. Dane zawarte w tych dokumentach posiadają wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a w przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla wykonawcy, w szczególności poprzez ujawnienie kontrahentów i partnerów handlowych, z którymi współpracuje wykonawca w toku prowadzonej działalności gospodarczej” (wyrok KIO z dnia 25.01.2023r.; sygn. akt: KIO 80/22). Mając na uwadze powyższe niewątpliwym jest, że spełnione zostały przesłanki kwalifikacji tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, a w konsekwencji również zastrzeżenia ich poufności na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. Z tych powodów utajnione informacje podlegają szczególnej ochronie, ponieważ dotyczą kluczowych elementów przedmiotu niniejszego zamówienia oraz stanowią kluczowe elementy polityki cenowej Wykonawcy stosowanej w celu pozyskania zamówień publicznych. Z uwagi na powyższe informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach, stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy, co uzasadnia zastrzeżenie ich poufności. Zastrzeżone dane nie powinny zatem zostać odtajnione. Zagadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być interpretowane wyłącznie przez pryzmat przepisów ustawy Pzp w oderwaniu od przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 23 tejże ustawy kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Tej samej karze podlega, kto, uzyskawszy bezprawnie informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, ujawnia ją innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), 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. Z ostrożności należy wskazać, że gdyby przedłożone na okoliczność skuteczności zastrzeżenia informacje i dowody wydawały się Zamawiającemu niewystarczające na okoliczność skuteczności zastrzeżenia – z uwagi na rangę tajemnicy przedsiębiorstwa – zgodnie z aktualnymi poglądami doktryny Zamawiający

powinien wezwać Wykonawcę do wyjaśnień. „W przypadku sytuacji budzących wątpliwości zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 223 ust. 1 p.z.p., powinien zwrócić się do wykonawcy w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie, aby nie narazić się na sankcję – przewidzianą w art. 23 ust. 2 u.z.n.k. – za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP 2021). Jest bowiem oczywiste, że ewentualne ujawnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jest nieodwracalne co do swoich skutków.”.

W dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu2 datowane na ten sam dzień pismo o treści „Dotyczy Część 1 – obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych w Rejonie w Koszalinie. odtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa 1. Dokumenty o których mowa poniżej w pkt 6 przestaną być w całości tajne 13 lipca 2024r. i od tego momentu będziemy mogli ją udostępnić wszystkim zainteresowanym. 2. Od naszego odtajnienia przysługuje Państwu odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Termin na jego wniesienie upływa 12 lipca 2024 r. Szczegółowe informacje odnośnie postępowania odwoławczego znajdują Państwo w pkt 24 SWZ. 3. Składając ofertę muszą Państwo mieć na uwadze, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego co do zasady jest jawne¹. [przypis oznaczony „1” miał treść „art. 18 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp). KIO w wyroku z dnia 28 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3368/23) „(...) zważa, że zgodnie z dominującą obecnie linią orzecniczą, wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy PZP zasadę jawności traktuje się priorytetowo, jako jedną z najważniejszych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ograniczenie stosowania tej zasady na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP może mieć miejsce jedynie pod warunkiem jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a czego nie wykazał Odwołujący w niniejszej sprawie.” – KIO] 4. Odstępstwo od zasady jawności może nastąpić wyłącznie wobec informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim przypadku Państwa obowiązkiem jest wykazać, że faktycznie przekazane informacje są na tyle wyjątkowe, że zasługują na ochronę². [przypis oznaczony „2” miał treść „KIO w wyroku z dnia 23 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 636/18) potwierdziła, że wyjątki od zasady jawności powinny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia już na etapie składania ofert.” – KIO] 5. Naszym obowiązkiem, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego³ [przypis oznaczony „3” miał treść „Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05)” – KIO], jest zweryfikowanie, czy zastrzeżone przez Państwa informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Weryfikacji takiej dokonujemy na podstawie Państwa uzasadnienia zastrzeżenia informacji, które dostaliśmy wraz z tymi informacjami. Treść zastrzeganych informacji jest bez znaczenia dla prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa⁴. [przypis oznaczony „4” miał treść „KIO w wyroku z dnia 22 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1237/21) zwróciła uwagę, że obowiązkiem zamawiającego jest ocena zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający przychyłając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości jego stanowiska odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja zamawiającego nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Co także istotne w niniejszej sprawie, albowiem zamawiający twierdził, że zasadność zastrzeżenia informacji oceniał biorąc pod uwagę charakter przedmiotu umowy oraz wpływ opisanych czynników na ostateczną cenę oferty wykonawcy - stosownie do art. 8 ust. 3 ustawy Pzp [aktualnie to art. 18 ust. 3 ustawy Pzp – przyp. autora] skuteczność dokonanego zastrzeżenia winna być poddana analizie i oceniona przez zamawiającego wyłącznie na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenie, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji (tak też w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 29 lipca 2016 r., sygn. III Ca 548/16)” – KIO] 6. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający zawiadamia, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych w wyjaśnieniach ceny oferty przekazanych pismem z dnia 10.06.2024r. i postanawia odtajnić w całości następujące informacje zawarte w plikach o nazwie: KALKULACJE GR1-GR11 - tajemnica przedsiębiorstwa: GR1: GR1_1.3_Koszalin S6.pdf GR1_3.1_Koszalin S6.pdf GR1_3.2_Koszalin S6.pdf GR1_4.1_Koszalin S6.pdf GR1_18.1_Koszalin S6.pdf GR1_18.2_Koszalin S6.pdf • GR2: GR2_1.1_Koszalin S6.pdf GR2_1.2_Koszalin S6.pdf GR2_3.1_Koszalin S6.pdf GR2_3.2_Koszalin S6.pdf • GR3: GR3_2.1_Koszalin S6.pdf GR3_7.1_Koszalin S6.pdf • GR4: GR4_5.1_Koszalin S6.pdf GR4_5.2_Koszalin S6.pdf GR4_5.4_Koszalin S6.pdf GR4_7.1_Koszalin S6.pdf GR4_7.2_Koszalin S6.pdf GR4_7.3_Koszalin S6.pdf GR4_7.4_Koszalin S6.pdf GR4_7.7_Koszalin S6.pdf GR4_8.1_Koszalin S6.pdf GR4_19.4_Koszalin S6.pdf • GR5: GR5_1.7_Koszalin S6.pdf • GR6: GR6_1.12_Koszalin S6.pdf

S6.pdf GR6_1.13_Koszalin S6.pdf GR6_2.4_Koszalin S6.pdf GR6_2.7_Koszalin S6.pdf GR6_2.17_Koszalin S6.pdf GR6_2.21_Koszalin S6.pdf GR6_2.23_Koszalin S6.pdf GR6_3.8_Koszalin S6.pdf • GR7: GR7_3.1_Koszalin S6.pdf GR7_3.3_Koszalin S6.pdf GR7_3.4_Koszalin S6.pdf GR7_6.2_Koszalin S6.pdf GR7_6.5_Koszalin S6.pdf GR7_7.3_Koszalin S6.pdf GR7_11.3_Koszalin S6.pdf GR7_11.4_Koszalin S6.pdf GR7_13.1_Koszalin S6.pdf GR7_14.1_Koszalin S6.pdf GR7_14.2_Koszalin S6.pdf GR7_14.3_Koszalin S6.pdf GR7_14.5_Koszalin S6.pdf GR7_16.1_Koszalin S6.pdf GR7_17.1_Koszalin S6.pdf • GR8: GR8_1.1_Koszalin S6.pdf GR8_1.3_Koszalin S6.pdf GR8_1.4_Koszalin S6.pdf GR8_1.5_Koszalin S6.pdf GR8_1.6_Koszalin S6.pdf GR8_2.1_Koszalin S6.pdf GR8_3.4_Koszalin S6.pdf GR8_4.1_Koszalin S6.pdf GR8_4.2_Koszalin S6.pdf GR8_5.1_Koszalin S6.pdf GR8_5.2_Koszalin S6.pdf GR8_5.3_Koszalin S6.pdf GR8_5.4_Koszalin S6.pdf GR8_7.1_Koszalin S6.pdf GR8_7.4_Koszalin S6.pdf GR8_8.2_Koszalin S6.pdf GR8_8.3_Koszalin S6.pdf GR8_8.8_Koszalin S6.pdf GR8_8.10_Koszalin S6.pdf GR8_8.15_Koszalin S6.pdf GR8_8.16_Koszalin S6.pdf GR8_9.1_Koszalin S6.pdf GR8_9.2_Koszalin S6.pdf • GR9: GR9_1.5_Koszalin S6.pdf GR9_2.2a_Koszalin S6.pdf GR9_2.2b_Koszalin S6.pdf GR9_2.3_Koszalin S6.pdf GR9_2.16_Koszalin S6.pdf GR9_2.18_Koszalin S6.pdf GR9_2.19_Koszalin S6.pdf GR9_2.21_Koszalin S6.pdf GR9_2.22_Koszalin S6.pdf • GR10C: GR10C_odśnieżanie+usuwanie śliskości_Koszalin S6.pdf GR10C_usuwanie śliskości_Koszalin S6.pdf • GR11: GR11_Koszalin S-6, S11 załączniki 1-52 - tajemnica przedsiębiorstwa: 1. Tabela stawka roboczegodziny w narzutami.pdf 2. Wykaz pracowników grup bitumicznych.pdf 3. Wykaz sprzętu do wykonywania robót bitumicznych.pdf 4. Wykaz środków transportu grup bitumicznych.pdf 5. Ceny hurtowe ORLEN I kwartał 2024.pdf 19. GR6 Wykaz sprzętu do ozn poz.pdf 31. GR7 Wykaz sprzętu do barier (kafary) 36. GR8 Wykaz zamiatarek ZABERD.pdf 37. GR8 Wykaz sprzętu ZABERD GR8.pdf 38. GR8 Wykaz sprzętu ORF GR8.pdf 42. GR8 Odpady organiczne cena.pdf 43. GR8 Sznurek do wiązań oferta.pdf 43A. GR8 Oferta paliiki dc drzewek.pdf 47. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,2 do 0,5kg_1mb.pdf 48. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,5 do 1kg_1mb.pdf 50. Piasek do chodników.pdf 52. GR8 Farba Beton.pdf 7. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły i literalny. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 ustawy ZNK, w świetle którego 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. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki wskazane ww. przepisie. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń. 8. To, czy dane informacje można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, podlega każdorazowo indywidualnemu badaniu i ocenie. Zamawiający ma obowiązek zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na podstawie złożonego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia, a w razie stwierdzenia nienależytego wykazania przez wykonawcę, że zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, obowiązany jest do ich ujawnienia. Zasada jawności postępowania służy bowiem transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W wyroku z dnia 10.12.2019 r. (sygn. akt KIO 2376/19), Izba wskazała: „Sama subiektywna wola wykonawcy nie stanowi przesłanki decydującej o uznaniu danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem decydujące znaczenie mają okoliczności obiektywne (...)”. Również w wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2021 (sygn. akt KIO 3483/20) Izba stwierdziła, że: „(...) ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia” (...). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27.07.2021 r. sygn. akt 2018/21, 2048/21: „Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca powinien mieć na uwadze wyrażoną w orzecznictwie KIO zasadę minimalizacji utajnianych danych. Przyjęcie rozumowania, że wykonawca zastrzegając dokumenty może zawsze powołać się na to, że stanowią one całość i zbiór danych, bez wykazania, że rzeczywiście wypełniają przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, prowadziłoby do sytuacji, w której zastrzeżeniu mogłyby podlegać dowolne informacje bez względu na to, czy w rzeczywistości stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy też nie. Jest to nie do pogodzenia z tym, że utajnianie informacji stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” oraz „Jawność postępowania, która pozostaje w związku z pozostałymi zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, odnosi się do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dotyczy także dokumentów składanych przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny”. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z

dnia 30 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2379/23), wskazała, że: „W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikające z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gółoślowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.” 9. W ocenie Zamawiającego prawo do zastrzeżenia określonych informacji nie może być wykorzystane jako instrument do pozbawienia wykonawców konkurencyjnych możliwości weryfikacji złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy. Podkreślić należy, że zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę. Dużą część uzasadnienia stanowią teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mają one charakter na tyle ogólny, że mogłyby bez większych zmian zostać przedstawione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. W ocenie Zamawiającego za wykazanie przesłanek nie mogą zostać uznane ogólne i lakoniczne stwierdzenia stanowiące między innymi że: „(...) Ujawnienie zatem informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach narazi Wykonawcę na poniesienie szkody o konkretnych wymiarach finansowych. (...)”. 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. Nie wykazaliście Państwo dlaczego zastrzeżone informacje mają stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazali Państwo również, że szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych wraz z dokumentami źródłowymi potwierdzającymi wysokość cen zawierają informacje wypełniające wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego nie są wystraszające twierdzenia, że „(...) Zastrzeżone informacje wynikające z ofert podwykonawczych, umów handlowych oraz umów o współpracy, a także będąca ich wynikiem kalkulacja ceny jednostkowej w sposób oczywisty stanowią „informacje posiadające wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk(...)” bez wskazania jaką wartość gospodarczą te zasoby posiadają. W odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w treści wyjaśnień nie wykazaliście Państwo, w czym upatrują wartości gospodarczej konkretnej informacji. Z uzasadnienia nie wynika, w jaki sposób Państwa konkurenci mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi dokumentami. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć charakter obiektywny. Z treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wynika jedynie iż: „(...) Dane zawarte w ofertach podwykonawców mają zatem istotną wartość gospodarczą i w sposób bezpośredni przekładają się na cenę niniejszej oferty i ofert składanych w kolejnych postępowaniach. Ponadto dane te mogą zostać wykorzystane przez innych oferentów w przyszłości, np. w celu podjęcia współpracy z tymi podmiotami, wynegocjowania korzystniejszych warunków finansowych współpracy czy nawiązania z danym podmiotem współpracy na wyłączność, co pozbawi Wykonawcę możliwości korzystania z usług dotychczasowego kontrahenta. (...)”, „(...) Utrata (upublicznienie) tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia naszej pozycji na rynku. (...)”. Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorcy, m.in. szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych. Zamawiający wskazuje, że poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja Wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi Wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. 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. Wykonawca nie wykazał, w

jaki sposób pozyskanie tych konkretnych informacji pozwoliłby innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową. Z uzasadnienia nie wynika bowiem w jaki sposób inni wykonawcy mogliby zaoszczędzić wydatki lub przysporzyć sobie zyski dzięki zapoznaniu się z zastrzeżonymi informacjami. 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. Zdaniem Zamawiającego podmioty uczestniczące w postępowaniu są profesjonalistami, mają świadomość wysokości cen obowiązujących obecnie na rynku, a także wysokości możliwych do uzyskania rabatów. Wiedza, że dany produkt można zakupić za pewną cenę nie sprawi samoistnie, że pozostali Wykonawcy będą mogli także „wynegocjować” taką cenę w kontaktach ze swoimi kontrahentami. Przy czym sama okoliczność, że podmioty konkurujące ze sobą na rynku zbierają i analizują informacje na temat realizowanych kontraktów czy ich cen, nie świadczy jeszcze o możliwości zachwiania pozycji rynkowej Wykonawcy. Możliwość weryfikacji oferty przez innych Wykonawców jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych Wykonawców. To zaś w konsekwencji przekłada się na zapewnienie wyboru Wykonawcy, które w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie. Dostrzeżenia również wymaga, że Wykonawca nie wykazał stosowania unikalnej metody wyceny, do której odwołuje się w treści Pisma, a jedynie ogólnikowo stwierdził, że „Sposób organizacji pracy w ramach szerokiego rynku utrzymaniowego stanowi know-how Wykonawcy o istotnej wartości gospodarczej”. W tej sytuacji podkreślić należy, że Wykonawca nie tylko nie udźwignął ciężaru wykazania, że zastrzeżone informacje, posiadają określoną wartość gospodarczą, ale nawet nie omówił, każdej zastrzeganej informacji, a jedynie głośnie zapewnił, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Również informacje w zakresie zasobów posiadanych przez Wykonawcę nie stanowią zdaniem Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorcy. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób uzyskanie ww. informacji przez pozostałych Wykonawców może doprowadzić do szkody w postaci utraty zysku, bądź w jaki sposób dane te mogą posłużyć podmiotom konkurencyjnym do osłabienia pozycji Wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dane do Wykonania konkretnej części zamówienia w tym postępowaniu, lub nawet dane w zakresie posiadanych przez Wykonawcę zasobów, mogłyby być wykorzystane przez innego Wykonawcę. Z przedstawionego uzasadnienia w żaden sposób nie wynika, aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą, jaka jest ta wartość, z czego ona wynika, jak przekłada się ona na funkcjonowanie Wykonawcy na rynku. Samo stwierdzenie, że dane informacje mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą nie wystarczy aby uznać, że Wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których Wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy ZNKU. Ponadto Wykonawca nie wykazał, że podjął dostateczne działania w celu zachowania poufności zastrzeżonych w niniejszym postępowaniu informacji. Należy przyznać, że Wykonawca wymienił szereg podjętych działań. Wśród przykładów przytoczonych przez Wykonawcę znalazło się m.in.: zawieranie umów o zachowaniu poufności z osobami współpracującymi i kontrahentami, konsorcjantami, kontrola dostępu do informacji (tylko upoważnione osoby zajmujące się konkretnym wycinkiem informacji w zakresie ich kompetencji zawodowych mają dostęp do tych informacji, zabezpieczony system informatyczny itp.) Jednocześnie, Wykonawca załączył do wyjaśnień dowody na podjęcie niektórych działań w postaci dokumentów, tj. „Polityka ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” i „Oświadczenie i zachowaniu poufności”, mających obowiązywać w przedsiębiorstwie Wykonawcy. Nie można zatem odmówić Wykonawcy podjęcia próby prawidłowego wykazania podjęcia działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, jednakże sposób w jaki Wykonawca próbował to wykazać jest co najmniej niedostateczny. Wykonawca skupił się bowiem na wykazaniu, że w ramach jego przedsiębiorstwa przyjął procedury mające chronić informacje, które posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak, poza wspomnianymi dokumentami, które mają charakter ramowy nie przedstawił jakichkolwiek przykładowych umów o zachowanie poufności, umów o zakazie konkurencji, czy pisemnej informacji dla pracowników o zasadach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, wykazanie tych działań przez Wykonawcę, w ocenie Zamawiającego również jest wątpliwe, gdyż na ich podstawie nie sposób stwierdzić, czy ustalone zasady rzeczywiście w praktyce funkcjonują w przedsiębiorstwie Wykonawcy, a nie jedynie pozostają w sferze teoretycznych zasad niewcielonych na gruncie działalności prowadzonej przez Wykonawcę. 10. Reasumując, informacje te, choć mają charakter organizacyjny nie są uniwersalne oraz nie mają wartości gospodarczej i nie rodzą niebezpieczeństwa wykorzystania ich przez konkurencję. W ocenie Zamawiającego stopień ogólności tych informacji, w tym kalkulacji ceny poszczególnych pozycji bez powiązania ich z innymi informacjami o charakterze handlowym (których Zamawiający nie odtajnił) powoduje, że informacje te pozbawione są wartości gospodarczej, tj. przydatności dla konkurencji, która dawałaby jej przewagę nad Wykonawcą i nie spełniają warunków objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego zakres odtajnionych informacji jest również niezbędny w celu umożliwienia pozostałym Wykonawcom weryfikacji złożonych wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny. Podniesione przez Wykonawcę w uzasadnieniu ewentualne negatywne konsekwencje ujawnienia tajemnicy są nierealne, bez powiązania ich z innymi

metadanymi. Ponadto zauważyć należy, że każdy kontrakt ma swoją specyfikę – przedmiot, zakres, natężenie prac, stawiane do spełnienia wymagania itp., zatem wymaga indywidualizacji elementów cenotwórczych i trudno sobie wyobrazić, aby racjonalny Wykonawca kalkulując cenę oferty opierał się na kalkulacji ceny przez konkurentów we wcześniej prowadzonych postępowaniach, niż rachunku ekonomicznym. 11. Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty i wyroki KIO, Zamawiający postanawia odtajnić przedmiotowe dokumenty i informacje. Zastrzeżona przez Państwa tajemnica przedsiębiorstwa przestanie być tajna w wyżej wymienionym zakresie po upływie terminu na wniesienie odwołania od tej czynności i od tego momentu Zamawiający będzie mógł ją udostępniać wszystkim zainteresowanym, na ich wnioski.”

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu2 przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp przesłanek skutkujących odrzuceniem Odwołania2.

Izba uznała, że Odwołanie2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 16 pkt 1) Pzp nie był uzasadniony.

Jak wskazano powyżej:

-zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.”,

-art. 11 ust. 2 uznk stanowi, że „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”,

-stosownie do art. 16 pkt 1) Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Przedstawione wyżej – w zakresie postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2444/24 - rozważania ogólne w pełni odnoszą się również do niniejszej sprawy. Jedynie więc dla przypomnienia należy wskazać, że art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieujawnienia określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tę informację, a w konsekwencji w przypadku, gdy dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje wiele informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 uznk) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego2, że „faktycznie nie sposób dopatrzeć się w uzasadnieniu odtajnienia dokumentów - faktycznych powodów odtajnienia”.

Wymaga zauważenia, że w piśmie przekazanym Odwołującemu2 w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, że „Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę.”

W świetle treści Odwołania2 należy stwierdzić, że w istocie nie jest w nim kwestionowane, iż w piśmie Odwołującego2 datowanym na 10 czerwca 2024 r., w którym zastrzegł on „następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa”, nie zostało wykazane posiadanie wartości gospodarczej przez każdą z informacji, które zostały objęte przedmiotowym zastrzeżeniem, a które Zamawiający pismem przekazanym Odwołującemu2 w dniu 2 lipca 2024 r.

„postanowił odtajnić”. W szczególności w Odwołaniu² nie sposób doszukać się wskazania, gdzie w ww. piśmie datowanym na 10 czerwca 2024 r. w odniesieniu do poszczególnych z tych informacji przedstawione zostały okoliczności wykazujące posiadanie wartości gospodarczej przez każdą z tych informacji.

Wymaga przy tym stwierdzenia, że w piśmie tym Odwołujący² wskazując, że „zastrzega następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (informacje te nie podlegają udostępnieniu innym podmiotom)”, wymienił:

- „szczegółową kalkulację cen jednostkowych”, „dokumenty źródłowe potwierdzające wysokość cen i indywidualnych rabatów”, „oferty podwykonawców i dostawców”, „umowy podwykonawcze”, „umowy o współpracy”, „dowody potwierdzające posiadane przez nich uprawnienia”, „Wykazy sprzętu” – czyli dokumenty zawierające wiele informacji,

- „dane pracowników”, nie precyzując, jakie konkretnie „dane pracowników” są objęte przedmiotowym zastrzeżeniem (np. nazwiska, które niewątpliwie są informacjami)

- „Stany magazynowe Zaberd sp. Z o.o.”, także nie wskazując, co konkretnie (jakie informacje) są objęte przedmiotowym zastrzeżeniem,

Wobec powyższego nie sposób uznać, aby Odwołujący² określił, jakie konkretnie informacje „zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Na nieprawidłowość czynności „odtajnienia” informacji wymienionych w punkcie 6 pisma przekazanego Odwołującemu² w dniu 2 lipca 2024 r. nie wskazuje okoliczność, że „nie sposób z uzasadnienia stanowiska Zamawiającego wywnioskować dlaczego kwestionuje on wartość gospodarczą umów podwykonawczych”. Nie można uznać, że Zamawiający powinien przedstawić stanowisko w tym zakresie w sytuacji, gdy przedmiotowa czynność nie obejmowała „odtajnienia” takich umów, a w art. 11 ust. 2 uznk jest mowa o posiadaniu wartości gospodarczej przez informację, a nie przez dokument.

W związku z zawartymi w Odwołaniu² twierdzeniami dotyczącymi „oceny kalkulacji cenowej jako tajemnicy przedsiębiorstwa” wymaga zauważenia, że „szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty”, to jest opis, w jaki sposób wykonawca wyliczył cenę oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (czyli opis, w jaki sposób wykonawca wylicza cenę oferty w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – czyli metodyka kalkulacji (wyliczenia) ceny oferty) to nie to samo co sama kalkulacja (wyliczenie) ceny oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Taka kalkulacja jest dokumentem zawierającym wiele informacji, a nie informacją, która na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp może nie podlegać ujawnieniu jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk.

Izba nie kwestionuje, iż informacja zawarta w takiej kalkulacji może nie podlegać udostępnieniu jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, gdyż – jak wskazano powyżej - zakres informacji objętych tym przepisem jest szeroki. Nie oznacza to jednak, że można uznać za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa cały dokument „kalkulacji cenowej”, zawierający wiele informacji; jedynie w przypadku, gdy wykonawca w odniesieniu do wszystkich informacji zawartych w takim dokumencie wykaże, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie ujawnia się tych informacji - a faktyczne nieujawnienie całego dokumentu jest jedynie tego skutkiem.

Ponownie konieczne jest stwierdzenie, że uznanie przez Izbę, iż określona informacja stanowi bądź może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa (a w konsekwencji że nie podlega czy nie może podlegać ujawnieniu na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp) w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie oznacza, że taka sama (a nawet ta sama) informacja nie będzie podlegała ujawnieniu w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przepis ten uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nieudostępnienia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeże, że informacja ta nie może być udostępniana, oraz wykaże, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Brak jest podstaw do uznania, że w piśmie datowanym na 10 czerwca 2024 r., w którym Odwołujący² zastrzegł „następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa”, w odniesieniu do wszystkich poszczególnych informacji zawartych w „szczegółowych kalkulacjach cen jednostkowych”, wykazał on, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie dotyczącym rzeczonych kalkulacji to, że Odwołujący² zastrzegł „dane pochodzące z umów podwykonawczych i ofert dostawców” „jako tajemnicę przedsiębiorstwa” ani okoliczność, że Zamawiający tych umów i ofert nie udostępnił. W sytuacji, gdy dokonując czynności „odtajnienia” informacji Zamawiający określi zakres informacji, które czynność ta obejmuje, jako informacji zawartych w konkretnych dokumentach (plikach), a przedmiotem oceny Izby w postępowaniu odwoławczym nie jest prawidłowość nieujawnienia „danych” zawartych w nieujawnionych „umowach podwykonawczych” i „ofertach dostawców”, nieujawnienie tych „danych” (informacji), nie powoduje, że Izba jest „związana” tym „nieujawnieniem”, w związku z czym zobowiązana jest

uznać, że zawarte w dokumencie, do którego Zamawiający się odwołał dokonując czynności „odtajnienia” informacji „dane pochodzące z umów podwykonawczych i ofert dostawców” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu.

Nie ulega wątpliwości, że zawarte w zawartych przez wykonawcę umowach z podwykonawcami czy ofertach podmiotów, od którego wykonawca nabywa towary bądź usługi, informacje takie jak wysokość ceny bądź wynagrodzenia czy wysokość rabatu mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nieujawnienie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takiej informacji wymaga jednak wykazania, że określona informacja zawarta w konkretnym dokumencie posiada wartość gospodarczą.

Z treści pisma Zamawiającego przekazanego Odwołującemu² w dniu 2 lipca 2024 r. wynika, że w zakresie zawartych w „szczegółowych kalkulacjach cen jednostkowych” cen „pochodzących z umów podwykonawczych i ofert dostawców” uznał on, iż Odwołujący tego nie uczynił, gdyż są to ceny na potrzeby Postępowania - co w Odwołaniu² nie jest kwestionowane.

Wymaga wskazania, że dla przyjęcia, że wykonawca wykazał, iż dana informacja posiada wartość gospodarczą, wystarczające jest wykazanie, że uzyskanie tej informacji przez konkurenta wykonawcy zakłóci uczciwą konkurencję (na przykład będzie dla niego choćby potencjalnie źródłem zysków albo pozwali mu na zaoszczędzenie określonych kosztów). Oczywiście jest, że informacja, jaka jest wysokość ceny nabycia określonego towaru bądź usługi od innego podmiotu na potrzeby Postępowania, przyjęta przez Odwołującego² w celu wyliczenia ceny oferty w Postępowaniu, po otwarciu ofert w Postępowaniu nie może zakłócić w nim uczciwej konkurencji.

W świetle treści ww. pisma datowanego na 10 czerwca 2024 r. podzielić zaś należy stanowisko Zamawiającego, iż Odwołujący² nie wykazał, że ujawnienie określonych cen czy innych „danych” pochodzących z umów podwykonawczych i ofert dostawców „narazi Wykonawcę na szkodę”, czyli że „pozyskanie tych konkretnych informacji pozwoli innym wykonawcom na uzyskanie przewagi konkurencyjnej” lub może wyrzucić realny skutek na sytuację rynkową Odwołującego² – choćby potencjalnie zmniejszając jego szanse na złożenie najkorzystniejszej oferty w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Konieczne jest przy tym stwierdzenie, że dokonanie oceny, że określona informacja nie podlega ujawnieniu na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp ponieważ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, w przypadku informacji wskazującej na sposób wyliczenia ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być dokonywane z uwzględnieniem okoliczności, że nieudostępnienie jej innemu wykonawcy może utrudnić, a nawet uniemożliwić temu wykonawcy weryfikację prawidłowości wyliczenia ceny oferty i skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji, nieujawnienie takich informacji powinno więc być ograniczone do minimum niezbędnego dla zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z zawartym w Odwołaniu² twierdzeniem, iż „Zamawiający nie odniósł się do przyczyn, dla których odmawia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy w odniesieniu np. Do stanów magazynowych” należy stwierdzić, że ww. piśmie datowanym na 10 czerwca 2024 r. wskazano, że Odwołujący² zastrzega „jako tajemnicę przedsiębiorstwa” „Stany magazynowe Zaberd sp. Z o.o.”, przy czym nie określono, w którym ze złożonych przezeń w tym dniu dokumentów znajduje się informacja (bądź informacje) tak oznaczona ani jakie konkretnie informacje są objęte przedmiotowym zastrzeżeniem. W Odwołaniu² także tego nie określono ani nie powołano się, że w ww. piśmie w odniesieniu do tej informacji (tych informacji) przedstawione zostały okoliczności wykazujące, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie na to, że te „dane w sposób oczywisty mają wartość gospodarczą”. W świetle art. 18 ust. 3 Pzp „oczywistość” posiadania wartości gospodarczej przez daną informację nie jest okolicznością uzasadniającą jej nieudostępnienie, także w przypadku, gdy nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, a uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, że „Stany magazynowe Zaberd sp. Z o.o.” stanowiły informację (bądź informacje) stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, niepodlegającą udostępnieniu na podstawie ww. przepisu.

Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego², że „odtajnił załączniki 1-52 - tajemnica przedsiębiorstwa: „1. Tabela stawka roboczegodziny w narzutami.pdf 2. Wykaz pracowników grup bitumicznych.pdf 3. Wykaz sprzętu do wykonywania robót bitumicznych.pdf 4. Wykaz środków transportu grup bitumicznych.pdf 5. Ceny hurtowe ORLEN I kwartał 2024.pdf 19. GR6 Wykaz sprzętu do ozn poz.pdf 31. GR7 Wykaz sprzętu do barier (kafary) 36. GR8 Wykaz zamiatarek ZABERD.pdf 37. GR8 Wykaz sprzętu ZABERD GR8.pdf 38. GR8 Wykaz sprzętu ORFIN GR8.pdf 42. G Odpady organiczne cena.pdf 43. GR8 Sznurek do wiązań oferta.pdf 43A. GR8 Oferta paliki do drzewek.pdf 47. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,2 do 0,5kg_1mb.pdf 48. GR9 Kabel do sygnalizacji od 0,5 do 1kg_1mb.pdf 50. Piasek do chodników.pdf 52. GR8 Farba Beton.pdf - nie odnosząc się do konkretnych przyczyn i wad powodujących negatywną ocenę zastrzeżenia”.

Także do tych załączników odnoszą się zawarte w piśmie przekazanym Odwołującemu2 w dniu 2 lipca 2024 r. stwierdzenia, iż „Podkreślić należy, że zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa nie może być stosowane w celu uniknięcia ewentualnego odwołania, jakie mogliby wnieść konkurenci. Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca powinien sprecyzować i wykazać w ramach uzasadnienia, w jaki sposób ujawnienie tych konkretnych informacji/dokumentów osłabiłoby jego pozycję rynkową, czego w niniejszym przypadku nie uczynił. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał w sposób dostateczny wystąpienia okoliczności uzasadniających uznanie zastrzeżonych dokumentów i informacji, o których mowa powyżej za takie, które zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca poza stawianymi w uzasadnieniu twierdzeniami nie wykazał wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych, a wskazanych powyżej w pkt 6 informacji. Wykonawca ograniczył się do ogólnych stwierdzeń odnoszących się do wartości gospodarczej, jednak bez ich szczegółowego omówienia w odniesieniu do każdego z dokumentów dla którego zastrzegł tajemnicę.”. W Odwołaniu2 nie przedstawiono okoliczności uzasadniających uznanie, że w zakresie ww. załączników stwierdzenia te są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, w szczególności w których miejscach datowanego na 10 czerwca 2024 r. pisma, w którym Odwołujący2 zastrzegł „następujące informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa”, przedstawiono okoliczności w celu wykazania, że poszczególne informacje zawarte w tych załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby nie jest trafne stanowisko Odwołującego2 w zakresie „kwestii działań podjętych w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji”, że „Zamawiający zakłada, że wprowadzone w spółce procedury nie funkcjonują”.

Mając na uwadze, że w piśmie przekazanym Odwołującemu2 w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający wskazał, iż „Nie można zatem odmówić Wykonawcy podjęcia próby prawidłowego wykazania podjęcia działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, jednakże sposób w jaki Wykonawca próbował to wykazać jest co najmniej niedostateczny. Wykonawca skupił się bowiem na wykazaniu, że w ramach jego przedsiębiorstwa przyjął procedury mające chronić informacje, które posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednak, poza wspomnianymi dokumentami, które mają charakter ramowy nie przedstawił jakichkolwiek przykładowych umów o zachowanie poufności, umów o zakazie konkurencji, czy pisemnej informacji dla pracowników o zasadach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, wykazanie tych działań przez Wykonawcę, w ocenie Zamawiającego również jest wątpliwe, gdyż na ich podstawie nie sposób stwierdzić, czy ustalone zasady rzeczywiście w praktyce funkcjonują w przedsiębiorstwie Wykonawcy, a nie jedynie pozostają w sferze teoretycznych zasad niewcielonych na gruncie działalności prowadzonej przez Wykonawcę.”, należy ocenić, że Zamawiający jedynie wyraził wątpliwość co do wykazania podjęcia działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji ze względu na nie przedstawienie „jakichkolwiek przykładowych umów o zachowanie poufności, umów o zakazie konkurencji, czy pisemnej informacji dla pracowników o zasadach ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa”. Nie może ulegać wątpliwości, że złożenie przez Odwołującego2 w Postępowaniu takich dokumentów służyłoby udowodnieniu, że faktycznie podejmuje on działania wymienione w ww. piśmie z 10 czerwca 2024 r., a tym samym wykazania podjęcia działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W sytuacji, gdy Odwołujący2 takich dokumentów nie złożył, powyższych wątpliwości nie sposób uznać za niezasadne.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) Pzp, poprzez „zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście wskazanych przez Odwołującego informacji i dokumentów i arbitralne przyjęcie nieskuteczności zastrzeżenia w odniesieniu do odtajnionych dokumentów bez badania konkretnych dokumentów i informacji wskazanych w treści zastrzeżenia” oraz „dokonanie czynności odtajnienia informacji w sposób naruszający zasadę przejrzystości i uczciwej konkurencji”.

Należy stwierdzić, że w Odwołaniu2 nie wskazano, dlaczego dokonując czynności „odtajnienia” informacji wymienionych w punkcie 6 pisma przekazanego Odwołującemu2 w dniu 2 lipca 2024 r. Zamawiający naruszył „zasadę przejrzystości” – to jest wynikający z art. 16 pkt 2) Pzp obowiązek przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób przejrzysty. Niewątpliwe jest, że obowiązek ten w zakresie ujawniania (udostępniania) informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego konkretyzują normy wynikające z przytoczonych wyżej przepisów art. 73 ust. 1 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp, zaś normy wynikające z art. 18 ust. 2 i 3 Pzp obowiązek ten wyłączają. Udostępnienie informacji składanych przez wykonawcę, będących informacjami związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 18 ust. 2 Pzp, stanowi zatem wykonanie obowiązku wynikającego z art. 16 pkt 2) Pzp, wobec czego nie może stanowić naruszenia tego przepisu.

Art. 16 pkt 2) Pzp nie jest przy tym przepisem, z którego wynika norma określająca sposób oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem przepis ten nie może zostać naruszony przez „arbitralne przyjęcie

nieskuteczności zastrzeżenia w odniesieniu do odtajnionych dokumentów bez badania konkretnych dokumentów i informacji wskazanych w treści zastrzeżenia”.

Jak wskazano powyżej, w sytuacji, gdy wykonawca zastrzega, że określone informacje nie mogą być udostępniane, zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny, czy wykonawca wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zważywszy jednak, że należyte wykonanie tego obowiązku nie oznacza, że wynik tej oceny jest prawidłowy, nie można uznać, że wynik tej oceny sam w sobie świadczy o prawidłowości jej dokonania. W konsekwencji to, że Zamawiający „odmówił utajnienia” informacji zawartych w dokumentach (plikach) wymienionych w punkcie 6 pisma przekazanego Odwołującemu² w dniu 2 lipca 2024 r. nie oznacza, że Zamawiający nie „badał skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście” tych informacji.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że czynność „odtajnienia” informacji zawartych w ww. dokumentach (plikach) nie obejmowała wszystkich informacji zawartych w dokumentach załączonych do przekazanego Zamawiającemu przez Odwołującego² pisma datowanego na 10 czerwca 2024 r. W ocenie Izby już samo to wskazuje, że przed dokonaniem tej czynności Zamawiający „badał” to, co Odwołujący w drugim przekazanym Zamawiającemu piśmie datowanym na ten dzień wskazał jako „informacje”, które „zastrzega” „jako tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Tym samym nie sposób uznać, że Zamawiający poprzez „zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kontekście wskazanych przez Odwołującego informacji i dokumentów” naruszył art. 16 pkt 2) Pzp.

To samo dotyczy naruszenia w ww. sposób „zasady uczciwej konkurencji”, czyli wynikającego z art. 16 pkt 1) Pzp obowiązku przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego², że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) Pzp przez „arbitralne przyjęcie nieskuteczności zastrzeżenia w odniesieniu do odtajnionych dokumentów bez badania konkretnych dokumentów i informacji wskazanych w treści zastrzeżenia”, co jest konsekwencją braku podstaw do uznania, że Zamawiający „odmówił utajnienia” informacji zawartych w dokumentach (plikach) wymienionych w punkcie 6 pisma przekazanego Odwołującemu² w dniu 2 lipca 2024 r. bez „badania” tego, co Odwołujący² wskazał jako „informacje”, które „zastrzega” „jako tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Ponadto należy wskazać, że w świetle przepisów art. 18 ust. 1 – 3, art. 73 ust. 1 oraz art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie jest uprawniony do nieujawnienia (nieudostępnienia) złożonej mu przez wykonawcę informacji, będącej informacją związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie której wykonawca wraz z jej przekazaniem nie zastrzegł, że nie może być ona udostępniana, lub w zakresie której wykazał, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa - bez względu na to, czy informacja ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa; w związku z tym nie sposób uznać, że postępując zgodnie z tymi przepisami Zamawiający przygotowuje bądź przeprowadza Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, naruszając art. 16 pkt 1) Pzp.

Wobec powyższego Zamawiający nie jest uprawniony do „anonimizacji danych” w zakresie informacji, w zakresie których uznał, że wykonawca nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa (oraz w zakresie których wykonawca nie zastrzegł, że nie mogą być udostępniane), niezależnie od tego, czy są one istotne „dla zabezpieczenia jawności postępowania”. Takowa „anonimizacja” powinna nastąpić w zakresie informacji niepodlegających ujawnieniu na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp w przypadku, gdy zamawiający udostępnia wykonawcy dokument, w którym znajdują się zarówno takie informacje, jak i informacje podlegające ujawnieniu. Nie ma podstaw, aby jej dokonywać w sytuacji, gdy wszystkie informacje zawarte w danym dokumencie podlegają ujawnieniu.

Wobec powyższego Izba oddaliła Odwołanie².

O kosztach postępowań odwoławczych orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, c) wynagrodzenie biegłych oraz

zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego, d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasadza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2444/24 do kosztów tych zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia zaliczyła uiszczony przez Odwołującego1 wpis w wysokości 15.000 złotych.

Odwołujący1 i Zamawiający na rozprawie byli reprezentowani przez pełnomocników.

Jak wynika ze złożonych do akt faktury i potwierdzenia realizacji płatności, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego1 składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych. Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego1 zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Jak wynika ze złożonych do akt sprawy rachunku oraz faktur, a także złożonego na rozprawie wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu na rozprawę i noclegu w wysokości 320,50 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego ww. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu. W świetle treści § 5 pkt 2) lit. a) i b) ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, w tym koszty dojazdu czy noclegu, pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy pełnomocnik ten reprezentując stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego świadczy na jego rzecz usługę. Zamawiający na rozprawie był reprezentowany wyłącznie przez pełnomocnika, który – jak wynika ze złożonego do akt rachunku – reprezentując Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym działał na podstawie zawartej z nim umowy jako zleceniobiorca.

Z treści § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika przy tym, że wysokość kosztów, które mogą być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w zakresie wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego jest ograniczona do kwoty nieprzekraczającej 3.600 złotych.

W konsekwencji wobec treści tego przepisu i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu w wysokości 320,50 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2444/24 orzeczono na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, stosownie do którego w punkcie 2. wyroku Izba kosztami tego postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego1 oraz zasądziła od Odwołującego1 na rzecz Zamawiającego uzasadnione kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2450/24 do kosztów tych zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia zaliczyła uiszczony przez Odwołującego2 wpis w wysokości 15.000 złotych.

Odwołujący2 i Zamawiający na rozprawie byli reprezentowani przez pełnomocników.

Jak wynika ze złożonych do akt faktury i dokumentu zatytułowanego „przelew na rachunek”, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego2 składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od pełnomocnictwa w wysokości 34 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego2.

Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego2 zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz

wydatek na opłatę skarbową od złożenia jednego pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Jak wynika ze złożonych do akt sprawy rachunku oraz faktur, a także złożonego na rozprawie wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu na rozprawę i noclegu w wysokości 320,50 złotych.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego ww. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu. W świetle treści § 5 pkt 2) lit. a) i b) ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem” samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę”, w tym koszty dojazdu czy noclegu, pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika”, o których mowa w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy pełnomocnik ten reprezentując stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego świadczy na jego rzecz usługę. Zamawiający na rozprawie był reprezentowany wyłącznie przez pełnomocnika, który – jak wynika ze złożonego do akt rachunku – reprezentując Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym działał na podstawie zawartej z nim umowy jako zleceniobiorca.

Z treści § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia wynika przy tym że wysokość kosztów, które mogą być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w zakresie wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego jest ograniczona do kwoty nieprzekraczającej 3.600 złotych.

W konsekwencji wobec treści tego przepisu i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu na rozprawę i noclegu w wysokości 320,50 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości o kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2450/24 orzeczono na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia, stosownie do którego w punkcie 4. wyroku Izba kosztami tego postępowania odwoławczego obciążyła Odwołującego² oraz zasądziła od Odwołującego² na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:.....