Sygn. akt: KIO 2554/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 9.08. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Agata Mikołajczyk

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 9 sierpnia 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 22 lipca 2024 r. przez Odwołującego: **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z/s w Bytomiu (**ul. Wł. Łokietka 4, 41933 Bytom) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina BytomMiejski Zarząd Dróg i Mostówz/s w Bytomiu** (ul. Smolenia 35, 41902 Bytom),

- Uczestnik po stronie Zamawiającego: **M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH I KOMUNALNYCH "DROMAR" MARIAN KALIŚCIAK z/s w Stanicy** (44-145 Stanica, ul. Gliwicka 25),

postanawia:

1.Umorzyć postępowanie odwoławcze;

2.Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z/s w Bytomiu (**ul. Wł. Łokietka 4, 41933 Bytom) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania.

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

……

Sygn. akt: KIO 2554/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcęZakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z/s w Bytomiu (Odwołujący) w postępowaniuprowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez zamawiającego: Gmina Bytom Miejski Zarząd Dróg i Mostówz/s w Bytomiu: „Dostawa artykułów spożywczych na potrzeby Salonów EXL oraz VIP" – znak sprawy: 118/PN/ZP/TLLZ/24 – Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 314020-2024.

Wykonawca podał: (...) wnoszę odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu przez Zamawiającego w dniu 12 lipca 2024 r. zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w części obejmującej:

1.opisaną przez Odwołującego politykę cenową (strona 8 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r.),

2.Dowodu nr 5 załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r. wraz z informacją o średniej płacy w Zakładzie Odwołującego (str. 11 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r.),

3.Dowodu nr 6 i 7 załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r., tj. na pkt. 1, 4, 5 czynności Zamawiającego z dnia 12 lipca 2024 r.

W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do polityki cenowej, informacji o średnim wynagrodzeniu w zakładzie Odwołującego, oraz dowodów nr 5, 6 i 7 załączonych przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r.

2.art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust.2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie za nieskuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do polityki cenowej, informacji o średni wynagrodzeniu w zakładzie Odwołującego, oraz dowód nr 5, 6 i 7 i podjęciu nieuzasadnionej decyzji o odtajnieniu w ww. zakresie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego.

Mając na względzie powyższe wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w części obejmującej: opisaną przez Odwołującego politykę cenową (strona 8 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r.), informacji o średnim wynagrodzeniu w zakładzie Odwołującego (str. 11 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r.), dowodów nr 5, 6 i 7

załączone przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r., tj. pkt. 1, 4, 5 czynności Zamawiającego z dnia 12 lipca 2024 r. oraz nakazanie Zamawiającemu uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do ww. informacji i dokumentów,

2.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według wystawionej faktury,

3.dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowód, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

Wykonawca podał: *(...) Stosownie do treści art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący ma interes w wniesieniu odwołania, ponieważ Zamawiający odtajnił treść złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Czynność zamawiającego podjęta w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma wpływ na możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, ponieważ prowadzi do sytuacji w której podmioty konkurencyjne uzyskają informację, które umożliwiły Odwołującemu złożenie korzystnej cenowo oferty w niniejszym postępowaniu. W związku z czynnością dokonaną przez Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę na skutek ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podmiotom konkurencyjnym. Możliwość wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz posiadanie przez wykonawcę interesu w wniesieniu takiego odwołania została potwierdzona w wyroku KIO 991/22, KIO 1006/22*".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 8/08/2024 r.) wniósł o jego oddalenie w całości. Podał w szczególności: (...) Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko o tym, że Odwołujący nie wykazał, aby zastrzegane przez niego informacje rzeczywiście stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Dalej wskazał: (...)

I. Polityka cenowa

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Odwołującego informacje nazywane przez Odwołującego „polityką cenową" stanowią ogólne założenie przyjęte przy konstruowaniu cen w odniesieniu do zakresu podstawowego i opcjonalnego. Z dokumentu w żaden sposób nie wynika w jaki sposób stawki tworzone, co się na nie przekłada i dlaczego przedstawiają one określoną wartość. Samo przyjęcie określonej strategii (która nie została wymyślona przez Odwołującego, a jest powszechnie stosowana) wyrażonej za pomocą hasła nie może być traktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa.

II. Dowód nr 5 – informacja o minimalnym wynagrodzeniu za pracę

Zbiorcza informacja o minimalnym wynagrodzeniu za pracę nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ nie ujawnia stawek wynagrodzenia stosowanych w odniesieniu do konkretnych pracowników lub grup pracowników. Bez znajomości informacji o ilości pracowników Odwołującego oraz grupach przyporządkowanych do danej kategorii płacowej nie sposób ustalić informacji o wynagrodzeniach stosowanych przez Odwołującego. Na tej podstawie żaden konkurent nie jest w stanie zaproponować konkretnym pracownikom Odwołującego korzystniejszych warunków ani wykorzystać takich informacji w ewentualnych przyszłych postępowaniach, w których udział weźmie Odwołujący. Na takiej podstawie brak jest również możliwości oszacowania kosztów pracowniczych Zamawiającego przy realizacji zamówienia, ponieważ sama informacja o minimalnym wynagrodzeniu nie przedstawia informacji o wynagrodzeniu pracowników skierowanych do realizacji zamówienia (które nie musi być stawką minimalną). Pozostałe informacje stanowią wyliczenia matematyczne opierające się o konkretne stawki procentowe, a zatem ich wynik (stanowiący określony procent od wynagrodzenia minimalnego) nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego również same stawki, które w odniesieniu do określonych elementów mogą mieć charakter zmienny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w żaden sposób nie wpisują się w definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa.

III. Dowód nr 6 i 7 – umowy

Zamawiający uważa, że przedstawione przez Odwołującego umowy nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Umowa będąca dowodem nr 6 nie zawiera nawet klauzuli poufności, co wskazuje, że stronom nie zależało na objęciu jej poufnością. Niezależnie jednak od tego, samo zamieszczenie w umowie postanowień zobowiązujących strony do zachowania jej postanowień w tajemnicy (co dotyczy dowodu nr 7) nie sprawia, że taki dokument stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) samo wykreowanie obowiązku zachowania poufności między stronami kontraktu nie może automatycznie prowadzić do wniosku, że umowa stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby przedłożone przez niego umowy miały istotną wartość gospodarczą, która powinna podlegać ochronie. Sama możliwość zapoznania się ze stawkami i warunkami umów nie ma bowiem wartości gospodarczej, a jedynie okoliczności, które pozwoliły wykonawcy osiągnąć takie zasady współpracy, co jednak z treści samych umów nie wynika. (...) Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu. Zamawiający ponownie podkreśla, że nie jest możliwe całościowe, ogóle zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które

zdaniem Odwołującego powinny podlegać ochronie związanej z tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, w czym upatruje naruszenie art. 16 PZP. Z treści wniesionego odwołania nie wynika dlaczego odtajnienie dokumentów miałoby naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak podniesiono na początku uzasadnienia niniejszego pisma, to raczej działania Odwołującego w postaci bezzasadnego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny miały na celu ograniczenie uprawnień konkurentów.(...)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pismo z dnia 29/07/24) przystąpienie zgłosił wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAKŁAD USŁUG DROGOWYCH I KOMUNALNY "DROMAR" MARIAN KALIŚCIAK z/s w Stanicy. wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 7/08/2 powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał w szczególności na następujące okoliczności:
(...)
1. Dotyczy zarzutu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w części obejmującej: „1. opisaną przez Odwołującego politykę cenową (strona 8 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r."
Uzasadniając objęcie tajemnicą tzw. „strategii cenowej" – zawartej na str. 7-14 wyjaśnień ceny, Odwołujący wskazał dosłownie kilka „ogólnych" zdań, w których powtarza, że zastrzeżona treść Wyjaśnień ma dla niego wartość gospodarczą, gdyż odnosi się do sposobu kalkulacji ceny. Odwołujący wskazuje, że:
•„Przedstawione strategie cenowe zawierają indywidualne nakłady pracy, które stanowią wartość handlową wykonawcy",
•(…) postępowanie przetargowe, którego dotyczą wyjaśnienia ma charakter powtarzalny, a co za tym idzie ujawnienie zastrzeżonych informacji może powodować przewagę konkurentów w kolejnych postępowaniach o podobnym przedmiocie zamówienia"),
Z samego faktu, że wykonawca zakłada, że wykonanie czynności jak oczyszczanie terenów zieleni i rabat, czy zamiatanie ciągów pieszych, itp. zajmie określoną jednostkę czasu nie oznacza, że taka informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Każdy z wykonawców musiał bowiem założyć wykonanie czynności ujętych w szczegółowym formularzu cenowym w określonej jednostce czasu/ określonym nakładem pracy i informacja o tym sama w sobie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno wyobrazić sobie jednocześnie, by informacja o tym, że wykonawca X zakłada taki czy inny nakład pracy na określoną czynność, jest informacją, która może spowodować utratę jego przewagi konkurencyjnej. Informacja o nakładach pracy nie stanowi również wartości handlowej wykonawcy, która posiadałaby wartość gospodarczą. Nawet zaś gdyby przyjąć, że informacja o zakładanych nakładach pracy na czynności oczyszczania mogłaby stanowić tajemnicę, to ZUKTZJW tego nie wykazał, w tym nie przedstawił żadnych dowodów na wartość gospodarczą tej informacji. W uzasadnieniu brak jest jakichkolwiek informacji o tym w jaki sposób te „indywidualne nakłady pracy" na opisane w ramach dokumentów zamówienia czynności, na konkretnym terenie, na terenie danego miasta, a więc ustalone stricte w odniesieniu do tego jednego zamówienia mogłyby w sposób wpłynąć na konkurencyjność ZUKTZJW, spowodować straty, czy zmniejszyć jego zyski. Przyjęcie określonego nakładu pracy przez każdego wykonawcę w ramach wyceny zamówienia jest standardową informacją podawaną w wycenach, która jednak nie ma żadnego unikalnego charakteru, i która odnosi się do konkretnych, wyspecyfikowanych w danym postepowaniu czynności, realizowanych za określonym terenie, wymaganym przez danego zamawiającego sprzętem, na danym skonkretyzowanym obszarze geograficznym. Co należy wskazać, podstawą wyceny świadczeń w ramach niniejszego postępowania był szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, który miał zostać wyceniony w ramach bardzo szczegółowych formularzy cenowych, które z kolei zawierały szczegółowe kalkulacje odnoszące się do zakresu podstawowego i opcyjnego przedmiotu zamówienia. Sam fakt, że każda z czynności określonych w Formularzu wymaga poniesienia określonego nakładu pracy przez pracowników wykonawców, nie wyjaśnia, ani nie udowadnia wartości gospodarczej informacji ujętych w piśmie. Cytowane powyższej stwierdzenie nie niesie więc ze sobą żadnej realnej treści z punktu widzenia wymogów określonych w art. 11 ust. 2 uznk i świadczy o bezskuteczności zastrzeżenia. Twierdzenie o rzekomej powtarzalności zamówienia nie stanowi też w wystarczającego argumentu uzasadniającego zastrzeżenie kalkulacji. Gdyby tak było, prowadziłoby to wniosku, że we wszystkich prowadzonych w kraju postępowaniach na usługi utrzymania ciągów pieszych, czy terenów zielonych, itp., wszystkie wyjaśnienia ceny spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż postępowania te są „powtarzalne" (ale jednak nie identyczne).
W kolejnych punktach uzasadnienia zastrzeżenia ZUKTZJW wskazał, że:
• „7. Ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Poza tym, know-how Wykonawcy wpływa korzystnie na możliwość obniżenia ceny oraz sprawną i należytą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi.

8. W odniesieniu do informacji o sposobie i szacowaniu wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty – jest to know-how Wykonawcy, którego ujawnienie niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez Wykonawcę. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny ofert Wykonawcy w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez Wykonawcę w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez Wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena".

Dokonując lektury ww. części uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa ZUKTZJW – zwłaszcza w kontekście próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych – w oczy „rzuca się" szereg ogólników, którymi operuje ZUKTZJW. Można przy tym powiedzieć, że tezy forsowane przez tego wykonawcę, zdają się być właściwe dla każdego podmiotu, który prowadzi działalność jako uczestnik postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w jakiejkolwiek branży. W piśmie o odtajnieniu Zamawiający wskazał, że w ramach strategii cenowej ZUKTZJW powołał się na ogólnodostępne zapisy projektowanych postanowień umowy w zakresie uruchomienia opcji i minimalnego poziomu realizacji umowy. Wyjaśnienie ceny, w ramach którego wykonawca powtarza postanowienia dokumentów zamówienia, uzasadniając wycenę, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa i nie ma żadnej wartości gospodarczej. Zdaniem Przystępującego, wycena konkretnego zamówienia na podstawie szczegółowych wymogów sformułowanych w dokumentacji postępowania nie ma znamion tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy przy tym wskazać, że zastrzeżone informacje należy i można ocenić tylko przez pryzmat przedstawionego przez ZUKTZJW uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy.

• „To jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa"

To natomiast jest opiera się na zwykle stosowanej przez wykonawców beletrystyce odnoszącej się do tego, że znajomość wyjaśnień da „możliwość obniżenia ceny przez konkurentów w innych postępowaniach", „będzie prowadzić do możliwości dedukcji cen stosowanych w innych postępowaniach", czy że „obniży to szanse na uzyskanie innych zamówień przez ZUKTZJW". Powyższe stwierdzenia nie niosą ze sobą żadnej realnej treści. Wykonawca nie udowodnił, że ujawnienie zastrzeżonych informacji pociągnie ze sobą jakikolwiek skutek dla „zysku" ZUKTZJW, czy będzie generować dla niego „straty". Wartość gospodarcza informacji nie została zatem wyjaśniona, ani udowodniona. (...)

Podkreślić należy, że konieczność wykazania wyjątkowości zastrzeganych informacji ma szczególne znaczenie w przypadku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które mają kluczowe znaczenie dla wyboru oferty jako najkorzystniejszej i jako takie stanowią przedmiot weryfikacji prawidłowości zaoferowanej ceny. Podnoszona bowiem przez ZUKTZJW możliwość ujawnienia wzorców zachowania wykonawcy nie będzie w ocenie zdaniem Dromar skutkować automatycznym przeniesieniem tych rozwiązań do kalkulowania cen przez pozostałych wykonawców, mając na uwadze, że konkretny sposób wyceny ceny oferty każdorazowo jest uzależniony od indywidualnych uwarunkowań konkretnego podmiotu, ale również danego konkretnego przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji. Podmioty przystępujące do postępowań dotyczących usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia są profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i wykonawca ZUKTZJW nie wykazał dlaczego przedstawiona przez niego metodyka obliczania ceny mogłaby zostać wykorzystana przez pozostałych uczestników. Podkreślić należy, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Odwołujący nie wykazał, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. (...)

Powyższym wymaganiom ZUKTZJW całkowicie nie sprostało, w tym przede wszystkim nie przedłożyło żadnych dowodów celem potwierdzenia, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji jest realna. ZUKTZJW nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzkiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. W treści uzasadnienia zastrzeżenia ZUKTZJW brakuje więc przede wszystkim rzetelnej i rzeczowej analizy w zakresie faktycznej wartości gospodarczej chronionych informacji. Z perspektywy fundamentalnej zasady, jaką jest zasada jawności, kluczowe jest bowiem, aby wykonawca domagający się ochrony danych informacji/ dokumentów wykazał, w tym udowodnił ich realną wartość i skutki ewentualnego odtajnienia dokumentów, zwłaszcza dla konkurencji w danej branży na rynku, a nie ograniczał się do gołosłownych deklaracji. Podkreślenia wymaga, że choć ZUKTZJW powołuje się na tajne „know-how" wyceny oferty, w żaden sposób nie prezentuje, czym te rozwiązania różnią się od powszechnie występujących na rynku, co ewentualnie stanowiłoby wstęp do przyjęcia, że mają one wartość

gospodarczą, nie mówiąc już o jej udowodnieniu.
(...)
W ocenie Dromar subiektywne twierdzenia wykonawcy ZUKTZJW niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, a strategia cenowa ujęta na str. 8 wyjaśnień ceny powinna podlegać ujawnieniu konkurentom, umożliwiając im ocenę, czy oferta ZUKTZJW nie podlega odrzuceniu w szczególności z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji i niezgodność z warunkami zamówienia. Lektura pisma Zamawiającego w sprawie odtajnienia wyjaśnień ceny ZUKTZJW wskazuje, że Odwołujący powołuje się m.in. na strategię, która miałaby „generować ruch w sprzedaży". Jednocześnie w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy na próżno szukać jakichkolwiek informacji o zastosowaniu jakiejkolwiek szczególnej strategii w tym zakresie. W uzasadnieniu ZUKTZJW w ogóle nie wspomniał o żadnej unikatowej strategii tego typu. Brak też jakiegokolwiek uzasadnienia jak ujawnienie ww. strategii mogłoby wpłynąć na sytuację ZUKTZJW i zmniejszyć zysk wykonawcy, czy wywołać straty, jaką te informacje mają wartość gospodarczą, z czego ona wynika, jak ona jest. Tym samym brak jest jakiejkolwiek podstawy do uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Niezależnie od powyższego, w piśmie o odtajnieniu Zamawiający słusznie wskazał, że w dokumentach zamówienia w sposób skonkretyzowany opisał zasady uruchomienia opcji, tym samym jakiekolwiek strategie „motywujące zamawiającego do zakupu opcji" nie mogą mieć żadnego zastosowania. Nie można zgodzić się również z ZUKTZJW, że brak możliwości zastosowania danych założeń cenowych do przedmiotu zamówienia jest irrelewantny przy ocenie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby przyznać rację Odwołującemu, wykonawcy mogliby wpisywać w uzasadnieniu dowolne treści w ramach wyjaśnienia ceny, niezwiązane z zamawianym przedmiotem zamówienia, które Zamawiający – w przypadku ich skutecznego zastrzeżenia – musiałby ukrywać przed konkurencją, stwarzając pozór złożenia treściwych, czy ilościowo obszernych wyjaśnień, podczas gdy treści te pozostawałyby bez żadnego znaczenia dla postępowania, oceny ofert i realności wyceny świadczeń wykonawcy.
Podsumowując, ogólne stwierdzenia ZUKTZJW o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, czy o ryzyku narażenia na utratę konkurencyjnej pozycji na rynku poprzez ich ujawnienie bez odniesienia się do konkretnych informacji zawartych w dokumentach, analizy ich wartości gospodarczej i uprawdopodobnienia szkody, jaką może przynieść ich ujawnienie, Zamawiający słusznie uznał za niewystarczające. Jeszcze raz podkreślić należy, że subiektywne twierdzenie wykonawcy niepoparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Argumentacja ZUKTZJW ujęta w odwołaniu stanowi faktyczne przepisanie uzasadnienia zastrzeżenia w odniesieniu do kalkulacji ceny uzupełnione o cytaty z orzecznictwa KIO, stąd zdaniem Dromar, brak jest podstaw do utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do „strategii cenowej" ujętej na str. 8 Wyjaśnień, a dokument ten powinien zostać przekazany konkurentom.
2. Dot. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp
Oddalony powinien być również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za nieskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Odwołującego w odniesieniu do polityki cenowej, informacji o średnim wynagrodzeniu w zakładzie Odwołującego, oraz dowodów nr 5, 6 i 7 załączonych przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r. Z uzasadnienia odwołania dowiedzieć można się, że Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nie tyle nierówne traktowanie w niniejszym postępowaniu (w którym żaden inny wykonawca nie był wzywany do wyjaśnień ceny, tym samym nie było żadnych innych decyzji odtajnieniu, bądź uznaniu skuteczności zastrzeżenia), ale w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Zdaniem Dromar zarzuty odwołania mogą dotyczyć jedynie czynności lub zaniechań Zamawiającego w tym postępowaniu, stąd tak sformułowany zarzut powinien podlegać oddaleniu. Niezależenie od tego, Dromar wskazuje przykładowo, że w postępowaniu obejmującym podobny przedmiot zamówienia w ubiegłym roku Zamawiający odtajnił wyjaśnienia ceny zarówno Dromar, jak i ZUKTZJW, co potwierdza, że tezy Odwołującego nie odpowiadają rzeczywistości.
3. Dotyczy zarzutu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w części obejmującej: „2. Dowód nr 5 załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca 2024 r. wraz z informacją o średniej płacy w Zakładzie Odwołującego (str. 11 pisma Odwołującego z dnia 2 lipca 2024 r.)",
Z uzasadnienia odwołania wynika również, że zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie odtajnił załącznik do wyjaśnień ceny zawierający wyliczenie w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, gdyż „składka wypadkowa czy płaca uzupełniająca stanowią elementy różne u różnych przedsiębiorców", a tym samym „wyliczenie płacy minimalnej ma charakter unikatowy w stosunku do ZUKTZJW".Odwołujący kwestionuje też odtajnienie przez Zamawiającego informacji o wysokości średniego wynagrodzenia w przedsiębiorstwie ZUKTZJW, które – jak wynika z pisma o odtajnieniu - wynosi 6500 zł (przy czym informacja ta znalazła się już w domenie publicznej i nie stanowi tajemnicy). W uzasadnieniu odwołania ZUKTZJW objaśnia, że: „Z kolei informacja o średniej płacy stosowanej w przedsiębiorstwie Odwołującego, również stanowi informację organizacyjną posiadającą dla niego wartość gospodarczą, ponieważ jej

ujawnienie pozwoli podmiotom konkurencyjnym uzyskanie informacji na temat wysokości wynagrodzenia stosowanego przez Odwołującego. Przedmiotowa informacja może zostać wykorzystana przez konkurencję do pozyskania pracowników Odwołującego. Koszty pracownicze jako jeden z istotnych czynników cenotwórczych mają charakter poufny i stanowią informację objęte tajemnicą przedsiębiorstwa co zostało przez Odwołującego podkreślone w złożonych zastrzeżeniach" Co warte podkreślenia w pierwszej kolejności, w treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa kompletnie żaden fragment nie odnosi się do treści załącznika z wyliczeniem minimalnego wynagrodzenia wykonawcy, ani wysokości średniego wynagrodzenia za pracę. Uzasadnienie objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazania na rzekomą „unikatowość" wyliczeń w zakresie dwóch pozycji (a nie całego nawet) wyliczenia wynagrodzenia minimalnego pracowników i na „możliwość wykorzystania informacji o średniej płacy do pozyskania pracowników Odwołującego" pojawia się dopiero w odwołaniu. Uzasadnianie zastrzeżenia informacji złożonych w ramach wyjaśnień ceny dopiero w odwołaniu jest spóźnione. Już tylko z tej przyczyny zarzut przedmiotowy powinien być oddalony w całości. Całkowity brak jakiegokolwiek uzasadnienia zastrzeżenia tych informacji w ramach uzasadnienia objęcia tajemnica informacji ujętych w Wyjaśnieniach niweczy możliwość uznania tych informacji za skutecznie zastrzeżone.

Niezależnie od powyższego, rację ma Zamawiający, że wyliczenie minimalnego wynagrodzenia za pracę wynika z przepisów obowiązującego prawa, a także, że kalkulacja minimalnego wynagrodzenia nie ma charakteru unikatowego i nie można jej przypisać waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający prawidłowo ocenił również, że fakt podania ogólnej informacji o tym, że średnie wynagrodzenie u ZUKTZJW wynosi 6500 zł, bez doprecyzowania, czy jest to kwota netto, czy brutto, średnią płac ilu i jakich pracowników obejmuje ta kwota, grup pracowników, które uwzględniono przy obliczeniu, itp., nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Jest to ogólna, nie wiadomo jak wyliczona kwota (nie widomo czy netto, czy brutto, czy przed, czy po potrąceniach pracowniczych, pracodawcy), stąd objęcie jej tajemnicą przedsiębiorstwa nie może zostać uznane za skuteczne.

4. Dotyczy zarzutu odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami w części obejmującej: „3. Dowód nr 6 i 7 załączonego przez Odwołującego do pisma z dnia 2 lipca
2024 r., tj. na pkt. 1, 4, 5 czynności Zamawiającego z dnia 12 lipca 2024 r."

Przechodząc do kwestii odtajnionych umów o współpracy w zakresie zagospodarowania odpadów (dowód nr 6 i Dowód nr 7) Odwołujący wskazał, że: „Zamawiający uznał również, że nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa umowy stanowiące załącznik 6 i 7 do wyjaśnień RNC. Co jednak ciekawe, uzasadniając swoje stanowisko, Zamawiający odniósł się jedynie do treści jednej z przedstawionych przez Odwołującego umów". Dalej Odwołujący zacytował fragmenty uzasadnień dwóch orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, w których wskazano, że wypracowane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej relacje handlowe stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych i budowanych między nimi relacji biznesowych, mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa. Następnie Odwołujący podkreślił, że: „informacja o pozostawaniu przez podmioty prywatne w relacjach handlowych, a także przedmiocie tej współpracy ma charakter handlowy i organizacyjny i wyczerpuje tajemnicę przedsiębiorstwa. Fakt pozostawania przez Odwołującego w współpracy handlowej z podmiotami które odbierają od niego odpady ma dla niego wartość handlową. Z uwagi na sytuację występująca na rynku odpadów nie jest łatwym pozyskanie kontrahenta, który będzie odbierał odpady kodzie 20 02 01, dlatego istotnym jest dla Odwołującego, aby podmioty konkurencyjne nie miały dostępu do informacji jacy kontrahenci odbierają od niego odpady wytwarzane w ramach świadczonych przez niego usług", jak również, że: „Przedmiotowa umowa zawiera również informację o cenie za odbiór odpadów 20 02 01. Zapoznanie się przez innych wykonawców z atrakcyjną ceną po jakiej Odwołujący przekazuje odpady o kodzie 20 02 01, spowoduje, że utraci on posiadaną przewagę. Podmioty konkurencyjne uzyskają bowiem informację o podmiocie występującym na rynku, który stosuje korzystane stawki cenowe za przyjęcie odpadów oraz ich zagospodarowanie. Większa ilość podmiotów zainteresowanych usługami świadczonymi przez kontrahenta Odwołującego, może spowodować wzrost stosowanych przez niego cen. Odnosząc się zaś do umowy stanowiącej załącznik nr 6, to umowa ta jest objętą tajemnicą handlową poprzez długoletnią współpracę i zaufanie stron, którego Odwołujący nie chce stracić. Informacja handlowa o kontrahentach odbierających odpady od Odwołującego ma dla niego istotną wartość gospodarczą ponieważ daje mu przewagę na rynku. Ujawnienie przedmiotowej informacji naraża Odwołującego na poniesienie szkody". Przystępujący umyślnie zacytował ww. fragmenty uzasadnienia odwołania, aby zestawić je z treścią uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego wraz z Wyjaśnieniami ceny, a odnoszącego się kontaktów z podmiotami trzecimi. W zastrzeżeniu Odwołujący odniósł się do przedmiotowej kwestii jednym zdaniem: „Informacje zawarte ww. dokumentach mają istotny charakter handlowy i dotyczą informacji i interesu innych podmiotów gospodarczych, których dane handlowe zostały wykorzystane. Ujawnienie tych danych bez zgody podmiotów trzecich nie jest możliwe". Odwołujący nie wykazał jakiegokolwiek związku pomiędzy odtajnieniem przedmiotowych załączników, a możliwością utraty pozycji rynkowej. Odwołujący nie wskazał również w uzasadnieniu zastrzeżenia, że kontrahenci mają dla niego jakieś szczególne gospodarczo znacznie, czy też oferują mu jakieś wyjątkowe rabaty, upusty, których nie

oferują konkurentom, albo że dotarcie do takich kontrahentów jest utrudnione. Zacytowane wyżej jednozdaniowe uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie całą pewnością nie może przesądzać o uznaniu przedmiotowych załączników za tajemnicę przedsiębiorstwa. ZUKTZJW podjął próbę uzasadnienia zastrzeżenia przedmiotowych umów dopiero w odwołaniu, gdzie starał się opisać z czego wynikać miałaby dla niego wartość gospodarcza tych informacji i ich znaczenie. Takich danych próżno szukać w uzasadnieniu zastrzeżenia złożonym wraz z Wyjaśnieniami. Przedstawienie uzasadnienia zastrzeżenia informacji na etapie odwołania jest spóźnione i nieskuteczne. Już tylko z tego powodu, odwołanie w zakresie przedmiotowego zarzutu powinno zostać oddalone.

Niezależnie od powyższego Zamawiający słusznie wskazał w uzasadnieniu odtajnienia, że Zamawiający nie wymagał, ani nie dopuszczał wyszczególniania w ramach wyceny kosztu odpadów, tym samym nie był on ujawniany poprzez Formularze cenowe. Tym samym nawet poznanie kosztów tych odpadów wynikających z umów o współpracy, nie powoduje, że znana jest stawka wyceny tych odpadów ujęta w zagregowanych pozycjach wycenianych w szczegółowym Formularzu cenowym. (...)

Odwołujący w piśmie z dnia 8 sierpnia 2024 r. oświadczył: (....) Działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej „ustawa Pzp"), niniejszym cofam odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2024 roku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie czystości i konserwacja zieleni poza pasem drogowym na terenie miasta Bytomia na okres 12 miesięcy w podziale na zadania"- znak postępowania DNP.260.10.2024.PN.U. Wskazać należy, że Odwołujący cofa niniejsze odwołanie z uwagi na to, że dopiero z pisma z dnia 6 sierpnia 2024r. „Stanowisko przystępującego do postępowania odwoławczego" (odebrane w dniu 7.08.2024 r., email z dnia 6.08.2024r., godzina 21:41) Wykonawca Zakład Usług Drogowychi Komunalnych „DROMAR" M.K. ujawnił, że znane są mu już informacje, które Odwołujący chronił jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający bowiem przekazał pismo z dnia 12 lipca 2024 r. „Pismo w sprawie odtajnienia zastrzeżonych informacji", w którym niemalże w całości zacytował i przytoczył chronione tajemnicą informacje. Jak już wskazano wiedzę o ujawnieniu treści pisma z dnia 12 lipca 2024 r. powzięliśmy dopiero w dniu 7.08.2024 r., bowiem wcześniej pomimo wniosku o wskazanie zakresu informacji jakie zostały ujawnione Przystępującemu DROMAR, Zamawiający nie przyznał, że przekazał treść pisma z dnia 12 lipca 2024 r. Tym samym mając na uwadze fakt, że wszystkie informacje jakie w naszym przekonaniu winny pozostać chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa są już jawne, oraz z uwagi na brzmienie art. 554 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, który umożliwia Izbie uwzględnienie odwołania jedynie w okolicznościach w których może to mieć wpływ na wynik postępowania, zostaliśmy zmuszeni do cofnięcia odwołania. Zgodnie z art. 520 ust. 2 ustawy Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. W konsekwencji powyższego Odwołujący wnosi o wydanie postanowienia w przedmiocie umorzenia niniejszego postępowania odwoławczego i zwrot kosztów na rachunek, z którego został dokonany wpis. (...)

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę o cofnięciu odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy".*

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 8 sierpnia 2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 9 sierpnia 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „*2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*". Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o jego cofnięciu. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art. 520 ust.1 powołanej ustawy Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....