

Sygn. akt: KIO 2749/24
Sygn. akt: KIO 2752/24

WYROK

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich – sygn. akt KIO 2749/24;

B. w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich – sygn. akt KIO 2752/24;

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze

orzeka:

Sygn. akt: KIO 2749/24

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Województwu Lubuskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 1, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie Odrzańskim zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załącznikach nr 4-8 oraz nr 11 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 9 lipca 2024 r. w całości;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Województwa Lubuskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze na rzecz odwołującego Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt: KIO 2752/24

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Województwu Lubuskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 1, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie Odrzańskim zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załącznikach nr 4-9 oraz nr 11 i 12 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 9 lipca 2024 r. w całości;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Województwa Lubuskiego - Zarządu Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze na rzecz odwołującego Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanych Wrocławskich kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2749/24
Sygn. akt: KIO 2752/24

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Lubuskie - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze (dalej jako „Zamawiający”), prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn.:

1. „Przebudowa i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów - Konotop: Zadanie 1 - km 29+461 – 34+850 Zadanie 2 - km 39+877 – 43+250 Zadanie 3 - km 45+000 – 47+800” (wewnętrzny identyfikator: WZP.2910.55.2024) – sygn. akt KIO 2749/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 78/2024 z dnia 19 kwietnia 2024 r. pod numerem 233156-2024.

2. „Przebudowa drogi woj. nr 137 relacji Słubice – Sulęcín – Międzyrzecz: Zadanie nr 1-3” (wewnętrzny identyfikator: WZP.2910.54.2024) – sygn. akt KIO 2752/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 80/2024 z dnia 23 kwietnia 2024 r. pod numerem 240141-2024.

Do ww. postępowań o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówień przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. wykonawca Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie Odrzańskim (dalej jako „KONTRAKT”) w obu wyżej wskazanych postępowaniach (w zakresie Zadania 1) oraz wobec zaniechania odtajnienia wyjaśnień KONTRAKT złożonych w trybie art. 224 ustawy Pzp (załączników do szczegółowego wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny” oraz dowodów i dokumentów złożonych na potrzeby poparcia swoich twierdzeń) i bezzasadnym uznaniu, iż KONTRAKT zastrzegł swoje wyjaśnienia w sposób prawidłowy.

Odwołujący w obu odwołaniach zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 -3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez bezzasadne zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny o nr od 4 do 9 i 11 i 12, w sytuacji, gdy z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, aby przedmiotowe dokumenty spełniały wymagania, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty KONTRAKT jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny i badania ofert, odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny KONTRAKT o nr od 4 do 9 oraz 11 i 12; dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie obu odwołań w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2749/24 oraz KIO 2752/24 nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że Odwołujący, jako podmiot, którego ofertę sklasyfikowano na drugim miejscu i który w drodze wniesionego odwołania dąży do odtajnienia załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawierających kalkulację ceny oferty w celu uzyskania możliwości zweryfikowania czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę KONTRAKT uzasadniają zaoferowaną cenę, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację obu postępowań o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców wraz z formularzami cenowymi (kosztorysami), wyjaśnienia złożone przez wykonawcę KONTRAKT w zakresie wyliczenia ceny wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia ich części tajemnicą przedsiębiorstwa, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie do obu spraw

oznaczonych jako Dowód A – informacje z otwarcia ofert w trzech innych postępowaniach, na okoliczność wykazania zmiennej sytuacji wykonawcy KONTRAKT w postępowaniach na realizację robót budowlanych. Złożone jako Dowód B kosztorysy ofertowe (formularze cenowe wykonawcy KONTRAKT odpowiednio dla każdego z postępowań) na okoliczność wykazania szczegółowości kosztorysów ofertowych oraz zakresu informacji, które w postępowaniu były powszechnie znane, znajdowały się w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, a zatem z urzędu były to dokumenty stanowiące akta sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, co następuje:

Sygn. akt KIO 2749/24

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów – Konotop, Zadanie 1 - km 29+461 – 34+850. Zadanie 1 obejmuje: branża drogowa: roboty przygotowawcze, roboty ziemne, odwodnienie korpusu drogowego, podbudowy, nawierzchnie, roboty wykończeniowe, urządzenia bezpieczeństwa ruchu, elementy ulic, zieleni drogowa; branża energetyczna: przebudowa linii napowietrznych nn, przebudowa kablowych linii energetycznych, układanie kabla oświetleniowego, montaż słupów oświetleniowych, badania pomontażowe. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania techniczne określone zostały w Rozdziale III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz w dokumentacji technicznej.

W postępowaniu, w zakresie Zadania 1, złożono pięć ofert.

Zamawiający pismem z 19 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę KONTRAKT na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że istotne części składowe zaoferowanej ceny, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny. W wezwaniu wyszczególniono pozycje formularza cenowego, których dotyczyły wątpliwości Zamawiającego.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca KONTRAKT złożył wyjaśnienia, zastrzegając część załączników jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazano, że zastrzeżenie dotyczy następujących dokumentów:

- Załącznik nr 3 do wyjaśnień RNC – Wykaz pracowników wraz kopią zawartych i aktualnych umów z pracownikami, załącznik zawierający zestawienie zatrudnionych pracowników produkcyjnych (pracownicy fizyczni, operatorzy sprzętu i kierowcy) i wyliczenie średniej płacy godzinowej przeniesionej do kalkulacji szczegółowej pozycji kosztorysowych objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień - w części umów o pracę zawartych z pracownikami (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami);
- Załącznik nr 4 do wyjaśnień RNC – Wytwórnia mas min-bitum zlokalizowana w m. Połupin koło Krosna Odrzańskiego, załącznik zawierający kalkulację wewnętrzną wytworzenia mas min-bitum z uwzględnieniem kosztów materiałów wsadowych i ich dowozu oraz kosztem wytworzenia (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 4 – WMB);
- Załącznik nr 5 do wyjaśnień RNC - Węzeł betoniarski zlokalizowany w m. Połupin koło Krosna Odrzańskiego, załącznik zawierający kalkulację wewnętrzną wytworzenia mieszanek związanych spoiwem hydraulicznym z uwzględnieniem kosztów materiałów wsadowych i ich dowozu oraz kosztem wytworzenia. w części kalkulacji związanej z węzłem betoniarskim; opisu receptury (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 5 - węzeł betoniarski);
- Załącznik nr 6 – Stacje paliw w m. Połupin i Krosno Odrzańskie, załącznik zawierający przykładowe faktury z okresu kalkulacji kosztów, wykazujące, że Wykonawca jako odbiorca posiada znaczące upusty przy zakupie paliw płynnych od cen rynkowych, co ma swoje odzwierciedlenie w kosztach pracy środków produkcyjnych napędzanych paliwami płynnymi (dokumenty w folderze: Załącznik nr 6 – stacja paliw);
- Załącznik nr 7 do wyjaśnień RNC - Metoda wyliczania kosztów pośrednich (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 7 – metoda wyliczenia kosztów pośrednich);
- Załącznik nr 8 do wyjaśnień RNC - Wykaz dokumentów, stanowiących podstawę kalkulacji w zakresie cen materiałów, wraz z tymi dokumentami – mających wpływ na koszty gospodarki materiałowej/kosztów transportu przyjętych do kalkulacji cen jednostkowych (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 8 – oferty, umowy, faktury);
- Załącznik nr 9 do wyjaśnień RNC - Wzór i metoda kalkulacji cen jednostkowych uwzględniający zapisy STWIOR w dziale D - M00.00.00, uszczegółowiony indywidualnie dla każdego elementu (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 9 - metoda kalkulacji cen jednostkowych);
- Załącznik nr 11 do wyjaśnień RNC – Kalkulacje cen jednostkowych objętych wezwaniem (dokumenty w folderze pn.: kalkulacje cen jednostkowych);
- Załącznik nr 12 do wyjaśnień RNC - Analiza ryzyka (dokumenty w folderze pn.: analiza ryzyka).

Uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał:

„Zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p., 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.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż informacje będące przedmiotem niniejszego pisma nie stanowią informacji o których mowa w art. 222 ust. 5 p.z.p. Wykonawca nie ma zamiaru zastrzegać bowiem nazwy lub imienia i nazwiska, pod którym działalność jest prowadzona, miejsca prowadzenia działalności lub zamieszkania wykonawców czy cen lub kosztów zawartych w ofercie.

Przepis art. 11 ust. 2 u.z.n.k., do którego odnosi się wskazany wyżej przepis art. 18 ust. 3 p.z.p., stanowi zaś, iż 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.

Zgodnie z powyższym, aby dana informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona spełniać ustawowe warunki, którymi są kolejno: posiadanie przez tę informację wartości gospodarczej (wiedza handlowa, know-how), informacja ta nie może być powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się daną dziedziną albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, uprawniony do korzystania lub rozporządzania informacją, którą objąć chce tajemnicą przedsiębiorstwa podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich poufności.

ca wskazuje, iż informacje wskazane w opisanych powyżej dokumentach spełniają wszystkie wymienione warunki, aby uznać je za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak stwierdził również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt I OSK 910/18, aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy, muszą ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa, informacje posiadające choćby minimalną wartość gospodarczą) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika z przepisów prawa. Wykonawca wskazuje, że zasadnym jest, aby dokumenty zawierające informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa niniejszym pismem za takowe uznać.

/sze, wszystkie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje posiadają dla Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. wartość gospodarczą, bowiem dotyczą one takich zagadnień jak: organizacja i metodologia pracy, logistyka, zasoby osobowe i techniczne, współpraca z kontrahentami, będące w dyspozycji Wykonawcy, indywidualne przymioty pozwalające zaoferować konkurencyjną cenę oraz zrealizować zamówienie na najwyższym poziomie.

Zastrzeżone przez Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. informacje można nazwać zbiorem wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania oferty. Ten zbiór wypracowanych metod stanowi istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem umożliwia utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w rodzimej branży.

wując ofertę pod konkretne postępowanie Wykonawca uwzględnia specyfikę tego zamówienia oraz zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej i w ten sposób przygotowuje ofertę, która pozwala zaoferować konkurencyjną cenę, wypracować zysk i prawidłowo zrealizować zamówienie.

Co równie ważne, zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej wpływający na sposób budowania oferty został stworzony w oparciu o wiedzę i doświadczenie zdobyte na przestrzeni lat. Ujawnienie tych informacji pozbawi Wykonawcę, a co najmniej zachwieje lub zagrazi konkurencyjnej pozycji na rynku przedsiębiorców świadczących tego typu usługi, bowiem inne podmioty świadczące te usługi będą mogły zapoznać się z informacjami, które Wykonawca wypracował przez lata swojej działalności i które pozwalają stworzyć korzystną ofertę. Istotnie bowiem przygotowana oferta stanowi efekt pracy przy wykorzystaniu wypracowanego know-how. Umożliwienie zapoznania się konkurencji z rezultatem działań Wykonawcy prowadziłoby więc wprost do ujawnienia tego know-how.

Z tego względu powyższe zasługuje na ochronę oraz uzasadnione jest nie ujawnianie wymienionych wyżej dokumentów wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie bowiem ze zdaniem 14 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 157, str. 1), takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania. Wartą wskazania jest także jedna z tez wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1006/22, w którym to Izba orzekła, że trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.

Nie sposób uznać również informacji, o których zastrzeżenie wnioskuje niniejszym pismem Wykonawca za powszechnie znane osobom zajmującym się daną dziedziną albo będącą łatwo dla nich dostępną. Dostęp do poufnych informacji udostępniony jest jedynie konkretnym pracownikom Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. Przy opracowywaniu konkretnej oferty w ramach niniejszego postępowania pracują bowiem specjalnie wyznaczone ku temu osoby o jasno określonym zakresie obowiązków. Żadna inna osoba związana z Wykonawcą, poza konkretnie wyznaczonymi pracownikami nie ma dostępu do poufnych informacji. Niemożliwym jest więc pozyskanie poufnych danych przez osobę niebędącą pracownikiem ku temu wyznaczonym.

aj Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. przy zachowaniu należytej staranności podjęła szereg działań celem utrzymania poufności zastrzeganych informacji. Istotnie bowiem autorskie rozwiązania funkcjonujące wewnątrz spółki podlegają również ochronie na podstawie załączonych do niniejszego pisma stosownych oświadczeń zawieranych z osobami mającymi dostęp do owych danych. Spółka Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. nie ujawnia tych informacji swoim kontrahentom. Informacje te nie są także dostępne za pośrednictwem mediów takich jak strony internetowe, broszury informacyjne i tym podobne. Oznacza to więc, iż informacje, o których zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wnosi Wykonawca nigdy nie były i nie są powszechnie oraz legalnie dostępne dla ogółu zainteresowanych ich pozyskaniem odbiorców czy konkurentów na rynku.

Wykonawca podkreśla również, iż wszelka korespondencja wewnętrzna pomiędzy osobami uprawnionymi do przetwarzania danych poufnych odbywa się za pomocą gwarantujących bezpieczeństwo danych narzędzi komunikacji elektronicznej. Mając na uwadze powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, iż Wykonawca realnie powziął z zachowaniem należytej staranności niezbędne środki służące zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa

Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 6 czerwca 2003 r., w sprawie o sygnaturze akt IV CKN 211/01, zgodnie z treścią którego w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano już, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Wśród tych działań wymienia się konieczność poinformowania pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia.

wyroku SN z dnia 3 października 2000 roku (sygnatura akt sprawy - I CKN 304/00), Sąd ten stwierdził, iż informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. (...) "Tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes.

Powyżej opisane okoliczności wskazują na fakt należytego zabezpieczenia przez Wykonawcę interesów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym na wypełnienie wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca uważa więc zastrzeżenie informacji zawartych w dokumentach wskazanych niniejszym pismem za w pełni zasadne i zasługujące w całości na uwzględnienie przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

Wykonawca z ostrożności wskazuje również, iż w przypadku wystąpienia ewentualnych wątpliwości co do kwalifikacji danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z orzecznictwa KIO wynika, że Zamawiający nie jest uprawniony do merytorycznego badania zastrzeganych informacji, a jedynie do rozpoznania prawidłowości zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez pryzmat art. 18 ust. 3 p.z.p.

Z przytoczonego już wcześniej w treści niniejszego pisma wyroku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1006/22 wynika bowiem, że zdaniem Izby, Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi, powyższe wykazał. W treści uzasadnienia czynności odtajnienia, Zamawiający jednak w ogóle nie odnosi się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji sporządzonego przez Odwołującego i przez podmiot udostępniający zasoby, a przedstawia własną ocenę zastrzeżonych informacji, co zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Czynności Zamawiającego w tym zakresie powinny ograniczać się do weryfikacji przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów oraz oceny czy spełniony został obowiązek wykazania, o którym mowa w ustawie PZP, w zakresie zaistnienia przesłanek niezbędnych do tego by mówić

o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał okoliczności świadczące o tym, że informacje przez niego zastrzeżone w ramach wykazu usług oraz referencji posiadają wartość gospodarczą. Natomiast utajnienie poszczególnych dowodów, stanowiących załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, zdaniem Izby stanowi naturalną konsekwencję zastrzeżenia dokumentów wyjściowych, tj. wykazu usług oraz referencji. Mając na względzie unikalny charakter tych dokumentów, tj. ich dedykowanie do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też wskazywanie w ich treści informacji, które pośrednio mogłyby prowadzić do ujawnienia nazw kontrahentów/ podmiotów współpracujących czy też osób zaangażowanych we współpracę pomiędzy tymi podmiotami, zastrzeżenie ich przez Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości.

Uwypukleniu wymaga, iż ustawodawca nie specyfikuje kategorii czy rodzaju informacji, które można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedyne określa informacje, które nie mogą być zastrzeżone definiując je do art. 86 ust. 4 p.z.p. to jest nazwa i adres wykonawcy, cena, termin wykonania, okres gwarancji i warunki płatności określone w ofercie (wyrok KIO z 4.03.2013 r., KIO 347/13, LEX nr 1415272).

Poniżej, Wykonawca przedstawia szczegółowe uzasadnienie określonej dokumentacji.

Zastrzeżenie metodologii kalkulacji cen, analizy ryzyka oraz projekcji kosztów pośrednich.

Wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa metodologii dokonywanych przez siebie obliczeń na potrzeby kalkulacji zaoferowanej ceny, dokumentacji związanej z analizą ryzyka oraz projekcją kosztów pośrednich. Na zastrzeżoną dokumentację w tym zakresie składają się odpowiednio: Załącznik nr 4, 5, 7, 9, 11, 12 i 3.

a ceny ofertowej opracowana została przez Wykonawcę zgodnie z dokumentem pn. Zarządzenie Prezesa Przedsiębiorstwa Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. z dnia 30 marca 2020 r. w sprawie wysokości i zasad podziału metod i zasad wyliczania kosztów pośrednich, zwanej dalej „Zarządzeniem” na potrzeby przedmiotowego postępowania. Zarządzenie zostało opracowane wyłącznie przez Wykonawcę na swoje własne, indywidualne potrzeby związane z uczestnictwem w przetargach. Stanowi bowiem autorskie rozwiązanie będące jednocześnie „narzędziem”, pozwalającym w stosunkowo krótkim czasie na opracowanie rzetelnej kalkulacji cenowej oferty, pozwalającej na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

it Zarządzenia przewiduje przy dokonywaniu kalkulacji ceny ofertowej przyjęcie szczegółowej metodologii, przewidującej posłużenie się podczas dokonywania kalkulacji określonymi współczynnikami oraz unikalnym wzorem wyliczenia kosztów pośrednich, opracowanym przez Wykonawcę. Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. poświęciła wiele czasu na sporządzenie dokumentu Zarządzenia, opierając się na dotychczasowym, kilkunastoletnim doświadczeniu zdobytym na rynku zamówień publicznych. Dodatkowo dokument Zarządzenia opracowany został przy uwzględnieniu oszacowanej wartości „sprzedaży” przedsiębiorstwa w latach poprzednich.

lo Zarządzenia oraz dokumentacji potrzebnej do sporządzenia kosztorysu ofertowego posiadają wyłącznie upoważnieni pracownicy, którzy nadto zobligowani są do złożenia oświadczenia o zachowaniu poufności. Wykonawca w swoim przedsiębiorstwie posiada także specjalną procedurę obiegu dokumentów, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowody: oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności, procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

wie, sposób kalkulacji ceny zapewniający Wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane są przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku.

Metodologia kalkulacji cen jednostkowych, projekcja kosztów pośrednich czy analiza ryzyka na potrzeby kalkulacji cenowej oferty zawierające szczegółowe informacje, które jako że posiadają wartość gospodarczą - podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty. Dane przyjęte do obliczenia cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia.

Metoda kalkulacji ceny stanowi de facto efekt doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Bezprawne ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Dane zawarte w bowiem

we wskazanej dokumentacji dają wiedzę pozwalającą poznać politykę cenową Wykonawcy i wpłynąć na jego przewagę konkurencyjną. Co więcej, ujawnienie informacji finansowych dotyczących procesu kalkulacji kosztów i sposobu organizacji procesu budowlanego pozwoliłoby innym, konkurencyjnym podmiotom na uzyskanie znacznej i nieuzasadnionej przewagi na danym rynku. To z kolei mogłoby naruszyć stabilność i równowagę konkurencyjną.

Powyższe odzwierciedla pogląd Sądu Okręgowego w Katowicach, wyrażony w wyroku z dnia 8 maja 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 167/07), iż „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być one przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu”. Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 222/21) wskazała, że „informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne”. Nadto, jak wskazuje Wysoka Izba w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 197/18): „Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić także dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, a także nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, których ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje. Nie stoi to w sprzeczności z obowiązkiem ich późniejszego upublicznienia. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa może mieć charakter ograniczony czasowo”.

Zastrzeżenie informacji technicznych

Wykonawca zastrzega dokumentację zawierającą informacje techniczne dotyczące opisu receptury tworzenia mas bitumicznych i betonów. W tym zakresie zastrzeżeniu ulegają następujące załączniki: nr 4 i 5.

Receptury tworzenia poszczególnych mas bitumicznych i betonów zostały opracowane wyłącznie przez Wykonawcę, stanowiąc jego know-how. Receptury te przewidują użycie określonych surowców w odpowiedniej ilości, co przedkłada się na unikalny, indywidualny skład. Dodatkowo, tworzenie receptury często odbywa się z użyciem konkretnych materiałów, dostosowując je pod oczekiwania usługodawców.

Opisy receptur stanowią w przedsiębiorstwie Wykonawcy, dokument opatrzony Tajemnicą przedsiębiorstwa, do którego zastosowanie znajduje opracowana przez Wykonawcę „Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa”. Dowód: procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I KKN 304/00, OSNC rok 2001, Nr 4, poz. 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako "wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy rok 2001, nr 22). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie.

Informacje związane z polityką cenową

Zastrzeżone przez wykonawcę informacje takie jak rabaty u dostawców, umowy z kontrahentami, faktury potwierdzające wynegocjowane upusty stanowią dane, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Na zastrzeganą dokumentację w tym zakresie składają się odpowiednio: załącznik nr 6 i 8.

Nadto wskazuje, że informacje składające się na treść ww. dokumentacji obejmuje warunki wynegocjowane w toku wieloletniej współpracy przez niego indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy, które nie są podawane do publicznej wiadomości oraz wobec których podejmowane są działania związane z zachowaniem ich w poufności. Zgodnie z wiedzą Wykonawcy rabaty w tak doniosłych wysokościach zostały zaoferowane specjalnie dla niego z wyłączeniem innych wykonawców, działających na tym samym rynku. Tego rodzaju dokumentacja stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa, do której zastosowanie znajduje Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto, informacje te objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa kontrahentów Wykonawcy, co wynika z przedłożonych do niniejszej Tajemnicy Przedsiębiorstwa oświadczeń następujących spółek: dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 8 – oferty, umowy, faktury. Konkurencja posiadając takowe dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby sytuacja wykonawcy w przetargach na rynku usług porządkowych stała się mniej korzystna.

Dowody: procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa;

oświadczenia ARCTURUS sp. z o.o.; oświadczenie KGHM Metraco S.A.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn.: KIO 149/16) „źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia – wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić”.

Również w wyroku z dnia 20 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1432/12), Wysoka Izba przedstawiła pogląd, iż „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”. Podobnie w wyroku z dnia 28 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 245/14), organ stwierdził, że: „wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich, posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy”.

Odnosząc się do zastrzeżonych dokumentów w postaci faktur VAT, wskazuje że treść faktur może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli ich ujawnienie mogłoby mieć wpływ na sytuację ekonomiczną wykonawcy, jakkolwiek nie muszą mieć same w sobie wartości gospodarczej (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2017 r., IV SA/Po 571/17). Warto zauważyć, że treść faktury obrazuje wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. W postanowieniu z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96 Sąd Antymonopolowy uznał, że dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami

ca jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega również umowy o pracę zawarte z pracownikami tj. Załącznik nr 3 - Wykaz pracowników wraz kopia zawartych i aktualnych umów z pracownikami, załącznik zawierający zestawienie zatrudnionych pracowników produkcyjnych (pracownicy fizyczni, operatorzy sprzętu i kierowcy) i wyliczenie średniej płacy godzinowej przeniesionej do kalkulacji szczegółowej pozycji kosztorysowych objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień - w części umów o pracę zawartych z pracownikami (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami). Jednymi z głównych kosztów, ponoszonych przez Wykonawcę, realizującego zamówienia na wykonanie robót budowlanych stanowią koszty osobowe, związane z kosztami zatrudnienia personelu. Tym samym wysokość wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w trakcie realizowania przedmiotu zamówienia, ma niewątpliwie kluczowe znaczenie dla konkurencyjności postępowania. Stawka za pracę – w szczególności specjalistów, jak i sposób organizacji ich pracy mają zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia oraz, że są to na tyle "wrażliwe" informacje, że mogą one zadecydować i mieć wpływ na przewagę konkurencyjną Wykonawcy w branży, w której ubiega się o kontrakt. Dokumentacja pracownicza stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa, do której zastosowanie znajduje Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, Wykonawca podkreśla, że każdy pracownik zawierając umowę o pracę składa oświadczenie o zachowaniu w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawarte w samej umowie. Dowody: procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa; Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami.

Na aprobatę w powyższym zakresie zasługuje wyrok z dnia 11 sierpnia 2016 r. (KIO 1378/16, LEX nr 2149406), w którym Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, zgodnie z którym: „zastrzeżenia mogą korzystać przedstawione w wyjaśnieniach informacje dotyczące personelu wykonawcy. Wynagrodzenia uzgodnione z tymi osobami korzystają z ochrony poufności, albowiem możliwe jest dokonanie takiego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, również wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.”

Wykonawca wybrany ma prawo zastrzec wyjaśnienia elementów kosztów osobowych jako tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 28.08.2013 r., KIO 1976/13, LEX nr 1408765). Niewątpliwie, wynagrodzenia uzgodnione z tymi osobami korzystają z ochrony poufności, albowiem możliwe jest dokonanie takiego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższą argumentację, wskazane wyżej informacje należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Informacje te nie powinny być ujawniane do wiadomości publicznej i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.”

Izba ustaliła, że w dokumentach przekazanych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami przez wykonawcę

KONTRAKT nie było załącznika nr 9 (folder Załącznik nr 9 - metoda kalkulacji cen jednostkowych był pusty) oraz załącznika nr 12 (nie było folderu). Do wyjaśnień nie dołączono także dokumentu „Procedura bezpieczeństwa informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o.”

Zamawiający w dniu 24 lipca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy KONTRAKT jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1.

Sygn. akt KIO 2752/24

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi woj. nr 137 relacji Słubice – Sulęcín – Międzyrzecz, Zadanie nr 1 – odcinek od km 25+020 do km 28+242 i od km 28+900 do km 32+650. Zadanie 1 obejmuje: branża drogowa: roboty przygotowawcze, roboty ziemne, odwodnienie korpusu drogowego, podbudowy, nawierzchnie, roboty wykończeniowe, oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu, elementy ulic. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymagania techniczne określone zostały w Rozdziale III SWZ – Opis przedmiotu zamówienia oraz w dokumentacji technicznej.

W postępowaniu, w zakresie Zadania 1, złożono cztery oferty.

Zamawiający pismem z 20 czerwca 2024 r. wezwał wykonawcę KONTRAKT na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że istotne części składowe zaoferowanej ceny, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej ceny. W wezwaniu wyszczególniono pozycje formularza cenowego, których dotyczyły wątpliwości Zamawiającego.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca KONTRAKT złożył wyjaśnienia, zastrzegając część załączników jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie zawierającym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazano, że zastrzeżenie dotyczy następujących dokumentów:

- Załącznik nr 3 do wyjaśnień RNC – Wykaz pracowników wraz kopią zawartych i aktualnych umów z pracownikami, załącznik zawierający zestawienie zatrudnionych pracowników produkcyjnych (pracownicy fizyczni, operatorzy sprzętu i kierowcy) i wyliczenie średniej płacy godzinowej przeniesionej do kalkulacji szczegółowej pozycji kosztorysowych objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień - w części umów o pracę zawartych z pracownikami (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami);
- Załącznik nr 4 do wyjaśnień RNC – Wytwórnia mas min-bitum zlokalizowana w m. Połupin koło Krosna Odrzańskiego, załącznik zawierający kalkulację wewnętrzną wytworzenia mas min-bitum z uwzględnieniem kosztów materiałów wsadowych i ich dowozu oraz kosztem wytworzenia (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 4 – WMB);
- Załącznik nr 5 do wyjaśnień RNC - Węzeł betoniarski zlokalizowany w m. Połupin koło Krosna Odrzańskiego, załącznik zawierający kalkulację wewnętrzną wytworzenia mieszanek związanych spoiwem hydraulicznym z uwzględnieniem kosztów materiałów wsadowych i ich dowozu oraz kosztem wytworzenia. w części kalkulacji związanej z węzłem betoniarskim; opisu receptury (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 5 - węzeł betoniarski);
- Załącznik nr 6 – Stacje paliw w m. Połupin i Krosno Odrzańskie, załącznik zawierający przykładowe faktury z okresu kalkulacji kosztów, wykazujące, że Wykonawca jako odbiorca posiada znaczące upusty przy zakupie paliw płynnych od cen rynkowych, co ma swoje odzwierciedlenie w kosztach pracy środków produkcyjnych napędzanych paliwami płynnymi (dokumenty w folderze: Załącznik nr 6 – stacja paliw);
- Załącznik nr 7 do wyjaśnień RNC - Metoda wyliczania kosztów pośrednich (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 7 – metoda wyliczenia kosztów pośrednich);
- Załącznik nr 8 do wyjaśnień RNC - Wykaz dokumentów, stanowiących podstawę kalkulacji w zakresie cen materiałów, wraz z tymi dokumentami – mających wpływ na koszty gospodarki materiałowej/kosztów transportu przyjętych do kalkulacji cen jednostkowych (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 8 – oferty, umowy, faktury);
- Załącznik nr 9 do wyjaśnień RNC - Wzór i metoda kalkulacji cen jednostkowych uwzględniający zapisy STWIOR w dziale D - M00.00.00, uszczegółowiony indywidualnie dla każdego elementu (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 9 - metoda kalkulacji cen jednostkowych);
- Załącznik nr 11 do wyjaśnień RNC – Kalkulacje cen jednostkowych objętych wezwaniem (dokumenty w folderze pn.: kalkulacje cen jednostkowych);
- Załącznik nr 12 do wyjaśnień RNC - Analiza ryzyka (dokumenty w folderze pn.: analiza ryzyka).

Uzasadniając poczynione zastrzeżenie wykonawca KONTRAKT wskazał:

„Zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p., 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.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż informacje będące przedmiotem niniejszego pisma nie stanowią informacji o których mowa w art. 222 ust. 5 p.z.p. Wykonawca nie ma zamiaru zastrzegać bowiem nazwy lub imienia i nazwiska, pod którym działalność jest prowadzona, miejsca prowadzenia działalności lub zamieszkania wykonawców czy cen lub kosztów zawartych w ofercie.

Przepis art. 11 ust. 2 u.z.n.k., do którego odnosi się wskazany wyżej przepis art. 18 ust. 3 p.z.p., stanowi zaś, iż 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.

Zgodnie z powyższym, aby dana informacja została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona spełniać ustawowe warunki, którymi są kolejno: posiadanie przez tę informację wartości gospodarczej (wiedza handlowa, know-how), informacja ta nie może być powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się daną dziedziną albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób, uprawniony do korzystania lub rozporządzania informacją, którą objąć chce tajemnicą przedsiębiorstwa podjął przy zachowaniu należytej staranności działania w celu utrzymania ich poufności.

Wykonawca wskazuje, iż informacje wskazane w opisanych powyżej dokumentach spełniają wszystkie wymienione warunki, aby uznać je za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak stwierdził również Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 24 października 2019 r., sygn. akt I OSK 910/18, aby określone informacje mogły zostać objęte tajemnicą przedsiębiorcy, muszą ze swojej istoty dotyczyć kwestii, których ujawnienie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa, informacje posiadające choćby minimalną wartość gospodarczą) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika z przepisów prawa. Wykonawca wskazuje, że zasadnym jest, aby dokumenty zawierające informacje zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa niniejszym pismem za takowe uznać.

Po pierwsze, wszystkie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje posiadają dla Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. wartość gospodarczą, bowiem dotyczą one takich zagadnień jak: organizacja i metodologia pracy, logistyka, zasoby osobowe i techniczne, współpraca z kontrahentami, będące w dyspozycji Wykonawcy, indywidualne przymioty pozwalające zaoferować konkurencyjną cenę oraz zrealizować zamówienie na najwyższym poziomie.

Zastrzeżone przez Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. informacje można nazwać zbiorem wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania oferty. Ten zbiór wypracowanych metod stanowi istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem umożliwia utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w rodzimej branży.

Przygotowując ofertę pod konkretne postępowanie Wykonawca uwzględni specyfikę tego zamówienia oraz zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej i w ten sposób przygotowuje ofertę, która pozwala zaoferować konkurencyjną cenę, wypracować zysk i prawidłowo zrealizować zamówienie.

Co równie ważne, zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej wpływający na sposób budowania oferty został stworzony w oparciu o wiedzę i doświadczenie zdobyte na przestrzeni lat. Ujawnienie tych informacji pozbawi Wykonawcę, a co najmniej zachwieje lub zagrazi konkurencyjnej pozycji na rynku przedsiębiorców świadczących tego typu usługi, bowiem inne podmioty świadczące te usługi będą mogły zapoznać się z informacjami, które Wykonawca wypracował przez lata swojej działalności i które pozwalają stworzyć korzystną ofertę. Istotnie bowiem przygotowana oferta stanowi efekt pracy przy wykorzystaniu wypracowanego know-how. Umożliwienie zapoznania się konkurencji z rezultatem działań Wykonawcy prowadziłoby więc wprost do ujawnienia tego know-how.

Z tego względu powyższe zasługuje na ochronę oraz uzasadnione jest nie ujawnianie wymienionych wyżej dokumentów wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie bowiem ze zdaniem 14 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 157, str. 1), takie informacje lub know-how powinny być uważane za informacje o wartości handlowej wówczas, gdy przykładowo ich bezprawne pozyskiwanie, wykorzystywanie lub ujawnianie może spowodować szkody dla interesów osoby, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, szkodząc jej naukowemu lub technicznemu potencjałowi, interesom gospodarczym lub finansowym, pozycji strategicznej lub zdolności do konkurowania. Wartą wskazania jest także jedna z tez wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1006/22, w którym to Izba orzekła, że trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej

- czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości gospodarczej takich informacji.

Nie sposób uznać również informacji, o których zastrzeżenie wnioskuję niniejszym pismem Wykonawca za powszechnie znane osobom zajmującym się daną dziedziną albo będącą łatwo dla nich dostępną. Dostęp do poufnych informacji udostępniony jest jedynie konkretnym pracownikom Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. Przy opracowywaniu konkretnej oferty w ramach niniejszego postępowania pracują bowiem specjalnie wyznaczone ku temu osoby o jasno określonym zakresie obowiązków. Żadna inna osoba związana z Wykonawcą, poza konkretnie wyznaczonymi pracownikami nie ma dostępu do poufnych informacji. Niemożliwym jest więc pozyskanie poufnych danych przez osobę niebędącą pracownikiem ku temu wyznaczonym.

Co więcej Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. przy zachowaniu należytej staranności podjęła szereg działań celem utrzymania poufności zastrzeganych informacji. Istotnie bowiem autorskie rozwiązania funkcjonujące wewnątrz spółki podlegają również ochronie na podstawie załączonych do niniejszego pisma stosownych oświadczeń zawieranych z osobami mającymi dostęp do owych danych. Spółka Przedsiębiorstwo Drogowe „Kontrakt” Sp. z o.o. nie ujawnia tych informacji swoim kontrahentom. Informacje te nie są także dostępne za pośrednictwem mediów takich jak strony internetowe, broszury informacyjne i tym podobne. Oznacza to więc, iż informacje, o których zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa wnosi Wykonawca nigdy nie były i nie są powszechnie oraz legalnie dostępne dla ogółu zainteresowanych ich pozyskaniem odbiorców czy konkurentów na rynku. Wykonawca podkreśla również, iż wszelka korespondencja wewnętrzna pomiędzy osobami uprawnionymi do przetwarzania danych poufnych odbywa się za pomocą gwarantujących bezpieczeństwo danych narzędzi komunikacji elektronicznej. Mając na uwadze powyższe należy jednoznacznie stwierdzić, iż Wykonawca realnie powziął z zachowaniem należytej staranności niezbędne środki służące zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 6 czerwca 2003 r., w sprawie o sygnaturze akt IV CKN 211/01, zgodnie z treścią którego w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano już, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Wśród tych działań wymienia się konieczność poinformowania pracownika o poufnym charakterze wiedzy, techniki, urządzenia.

W innym wyroku SN z dnia 3 października 2000 roku (sygnatura akt sprawy - I CKN 304/00), Sąd ten stwierdził, iż informacja (wiadomość) "nie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. (...) "Tajemnica" nie traci zaś swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany im interes.

Powyżej opisane okoliczności wskazują na fakt należytego zabezpieczenia przez Wykonawcę interesów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, a tym samym na wypełnienie wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca uważa więc zastrzeżenie informacji zawartych w dokumentach wskazanych niniejszym pismem za w pełni zasadne i zasługujące w całości na uwzględnienie przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

Wykonawca z ostrożności wskazuje również, iż w przypadku wystąpienia ewentualnych wątpliwości co do kwalifikacji danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z orzecznictwa KIO wynika, że Zamawiający nie jest uprawniony do merytorycznego badania zastrzeganych informacji, a jedynie do rozpoznania prawidłowości zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa przez pryzmat art. 18 ust. 3 p.z.p.

Z przytroczonego już wcześniej w treści niniejszego pisma wyroku w sprawie o sygnaturze akt KIO 1006/22 wynika bowiem, że zdaniem Izby, Zamawiający nie był uprawniony do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi, powyższe wykazał. W treści uzasadnienia czynności odtajnienia, Zamawiający jednak w ogóle nie odnosi się do uzasadnienia zastrzeżenia informacji sporządzonego przez Odwołującego i przez podmiot udostępniający zasoby, a przedstawia własną ocenę zastrzeżonych informacji, co zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Czynności Zamawiającego w tym zakresie powinny ograniczać się do weryfikacji przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień i dowodów oraz oceny czy spełniony został obowiązek wykazania, o którym mowa w ustawie PZP, w zakresie zaistnienia przesłanek niezbędnych do tego by mówić o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zdaniem składu orzekającego, Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wystarczająco precyzyjnie opisał okoliczności świadczące o tym, że informacje przez niego

zastrzeżone w ramach wykazu usług oraz referencji posiadają wartość gospodarczą. Natomiast utajnienie poszczególnych dowodów, stanowiących załączniki do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, zdaniem Izby stanowi naturalną konsekwencję zastrzeżenia dokumentów wyjściowych, tj. wykazu usług oraz referencji. Mając na względzie unikalny charakter tych dokumentów, tj. ich dedykowanie do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, czy też wskazywanie w ich treści informacji, które pośrednio mogłyby prowadzić do ujawnienia nazw kontrahentów/podmiotów współpracujących czy też osób zaangażowanych we współpracę pomiędzy tymi podmiotami, zastrzeżenie ich przez Odwołującego nie powinno budzić wątpliwości.

Uwypukleniu wymaga, iż ustawodawca nie specyfikuje kategorii czy rodzaju informacji, które można zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie określa informacje, które nie mogą być zastrzeżone definiując je do art. 86 ust. 4 p.z.p. to jest nazwa i adres wykonawcy, cena, termin wykonania, okres gwarancji i warunki płatności określone w ofercie (wyrok KIO z 4.03.2013 r., KIO 347/13, LEX nr 1415272).

Poniżej, Wykonawca przedstawia szczegółowe uzasadnienie określonej dokumentacji.

Zastrzeżenie metodologii kalkulacji cen, analizy ryzyka oraz projekcji kosztów pośrednich.

Wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa metodologii dokonywanych przez siebie obliczeń na potrzeby kalkulacji zaoferowanej ceny, dokumentacji związanej z analizą ryzyka oraz projekcją kosztów pośrednich. Na zastrzeganej dokumentację w tym zakresie składają się odpowiednio: załącznik nr 4, 5, 7, 9, 11, 12 i 3.

Kalkulacja ceny ofertowej opracowana została przez Wykonawcę zgodnie z dokumentem pn. Zarządzenie Prezesa Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. z dnia 30 marca 2020 r. w sprawie wysokości i zasad podziału metod i zasad wyliczania kosztów pośrednich, zwanej dalej „Zarządzeniem” na potrzeby przedmiotowego postępowania. Zarządzenie zostało opracowane wyłącznie przez Wykonawcę na swoje własne, indywidualne potrzeby związane z uczestnictwem w przetargach. Stanowi bowiem autorskie rozwiązanie będące jednocześnie „narzędziem”, pozwalającym w stosunkowo krótkim czasie na opracowanie rzetelnej kalkulacji cenowej oferty, pozwalającej na udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokument Zarządzenia przewiduje przy dokonywaniu kalkulacji ceny ofertowej przyjęcie szczegółowej metodologii, przewidującej posłużenie się podczas dokonywania kalkulacji określonymi współczynnikami oraz unikalnym wzorem wyliczenia kosztów pośrednich, opracowanym przez Wykonawcę. Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. poświęciła wiele czasu na sporządzenie dokumentu Zarządzenia, opierając się na dotychczasowym, kilkunastoletnim doświadczeniu zdobytym na rynku zamówień publicznych. Dodatkowo dokument Zarządzenia opracowany został przy uwzględnieniu oszacowanej wartości „sprzedaży” przedsiębiorstwa w latach poprzednich.

Dostęp do Zarządzenia oraz dokumentacji potrzebnej do sporządzenia kosztorysu ofertowego posiadają wyłącznie upoważnieni pracownicy, którzy nadto zobligowani są do złożenia oświadczenia o zachowaniu poufności. Wykonawca w swoim przedsiębiorstwie posiada także specjalną procedurę obiegu dokumentów, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowody: oświadczenia pracowników o zachowaniu poufności, procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niewątpliwie, sposób kalkulacji ceny zapewniający Wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane są przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku.

Metodologia kalkulacji cen jednostkowych, projekcja kosztów pośrednich czy analiza ryzyka na potrzeby kalkulacji cenowej oferty zawierające szczegółowe informacje, które jako że posiadają wartość gospodarczą - podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty. Dane przyjęte do obliczenia cen jednostkowych nie są powszechnie dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia.

Metoda kalkulacji ceny stanowi de facto efekt doświadczenia danego przedsiębiorcy i zdobytego know-how, przez co informacje te posiadają wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Bezprawne ich ujawnienie mogłyby doprowadzić do znacznego zmniejszenia przychodów przedsiębiorstwa oraz ograniczenia liczby klientów. Dane zawarte w bowiem we wskazanej dokumentacji dają wiedzę pozwalającą poznać politykę cenową Wykonawcy i wpłynąć na jego przewagę konkurencyjną. Co więcej, ujawnienie informacji finansowych dotyczących procesu kalkulacji kosztów i sposobu

organizacji procesu budowlanego pozwoliłoby innym, konkurencyjnym podmiotom na uzyskanie znacznej i nieuzasadnionej przewagi na danym rynku. To z kolei mogłoby naruszyć stabilność i równowagę konkurencyjną.

Powyższe odzwierciedla pogląd Sądu Okręgowego w Katowicach, wyrażony w wyroku z dnia 8 maja 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 167/07), iż „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być one przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu”. Także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 222/21) wskazała, że „informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne”.

Nadto, jak wskazuje Wysoka Izba w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 197/18): „Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić także dane o czynnikach cenotwórczych oferty oraz o partnerach handlowych, skoro informacje te zostały objęte ochroną przez wykonawcę i danych tych nie można uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów, a pracownicy wykonawcy zobowiązani są do zachowania tych informacji w poufności, a także nazwiska osób pełniących funkcje nadzorcze na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, których ujawnienie na etapie składania i oceny ofert może narazić wykonawcę na negatywne konsekwencje. Nie stoi to w sprzeczności z obowiązkiem ich późniejszego upublicznienia. Podkreślić należy, że tajemnica przedsiębiorstwa może mieć charakter ograniczony czasowo”.

Zastrzeżenie informacji technicznych

Wykonawca zastrzega dokumentację zawierającą informacje techniczne dotyczące opisu receptury tworzenia mas bitumicznych i betonów. W tym zakresie zastrzeżeniu ulegają następujące załączniki: nr 4 i 5.

Opisy receptur tworzenia poszczególnych mas bitumicznych i betonów zostały opracowane wyłącznie przez Wykonawcę, stanowiąc jego know-how. Receptury te przewidują użycie określonych surowców w odpowiedniej ilości, co przedkłada się na unikalny, indywidualny skład. Dodatkowo, tworzenie receptury często odbywa się z użyciem konkretnych materiałów, dostosowując je pod oczekiwania usługodawców.

Opisy receptur stanowią w przedsiębiorstwie Wykonawcy, dokument opatrzony Tajemnicą przedsiębiorstwa, do którego zastosowanie znajduje opracowana przez Wykonawcę „Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa”. Dowód: procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I KKN 304/00, OSNC rok 2001, Nr 4, poz. 59). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako "wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników. Do tajemnic przedsiębiorstwa zalicza się również tzw. poufne know-how, w tym zarówno know-how produkcyjne, jak i know-how handlowe" (M. Uliasz, Przystępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy rok 2001, nr 22). Informacja taka nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może ona być znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane wejściem w jej posiadanie.

Zastrzeżenie informacji związanych z polityką cenową

Zastrzeżone przez wykonawcę informacje takie jak rabaty u dostawców, umowy z kontrahentami, faktury potwierdzające wynegocjowane upusty stanowią dane, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Na zastrzeganą dokumentację w tym zakresie składają się odpowiednio: załącznik nr 6 i 8.

Wykonawca wskazuje, że informacje składające się na treść ww. dokumentacji obejmuje warunki wynegocjowane w toku wieloletniej współpracy przez niego indywidualnie, mające charakter technologiczny i organizacyjny firmy, które nie są podawane do publicznej wiadomości oraz wobec których podejmowane są działania związane z zachowaniem ich w poufności. Zgodnie z wiedzą Wykonawcy rabaty w tak doniosłych wysokościach zostały zaoferowane specjalnie dla niego z wyłączeniem innych wykonawców, działających na tym samym rynku.

Tego rodzaju dokumentacja stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa, do której zastosowanie znajduje Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nadto, informacje te objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa kontrahentów Wykonawcy, co wynika z przedłożonych do niniejszej Tajemnicy Przedsiębiorstwa oświadczeń następujących spółek: dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 8 – oferty, umowy, faktury.

Konkurencja posiadając takowe dane jest w stanie dostosować oferowane przez siebie ceny tak, aby sytuacja wykonawcy w przetargach na rynku usług porządkowych stała się mniej korzystna. Dowody: procedura obiegu

dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa; oświadczenia ARCTURUS sp. z o.o.; oświadczenie KGHM Metraco S.A.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn.: KIO 149/16) „źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia – wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić”.

Również w wyroku z dnia 20 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1432/12), Wysoka Izba przedstawiła pogląd, iż „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”. Podobnie w wyroku z dnia 28 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 245/14), organ stwierdził, że: „wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, warunki zawartych porozumień, które wynikają z zobowiązań podmiotów trzecich, posiadają wartość gospodarczą. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy”.

Odnosząc się do zastrzeżonych dokumentów w postaci faktur VAT, wskazuje że treść faktur może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli ich ujawnienie mogłoby mieć wpływ na sytuację ekonomiczną wykonawcy, jakkolwiek nie muszą mieć same w sobie wartości gospodarczej (zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2017 r., IV SA/Po 571/17). Warto zauważyć, że treść faktury obrazuje wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. W postanowieniu z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96 Sąd Antymonopolowy uznał, że dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie umów o pracę zawartych przez Wykonawcę z pracownikami

Wykonawca jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzega również umowy o pracę zawarte z pracownikami tj. Załącznik nr 3 - Wykaz pracowników wraz kopią zawartych i aktualnych umów z pracownikami, załącznik zawierający zestawienie zatrudnionych pracowników produkcyjnych (pracownicy fizyczni, operatorzy sprzętu i kierowcy) i wyliczenie średniej płacy godzinowej przeniesionej do kalkulacji szczegółowej pozycji kosztorysowych objętych wezwaniem do złożenia wyjaśnień - w części umów o pracę zawartych z pracownikami (dokumenty w folderze pn.: Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami)

Jednymi z głównych kosztów, ponoszonych przez Wykonawcę, realizującego zamówienia na wykonanie robót budowlanych stanowią koszty osobowe, związane z kosztami zatrudnienia personelu. Tym samym wysokość wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w trakcie realizowania przedmiotu zamówienia, ma niewątpliwie kluczowe znaczenie dla konkurencyjności postępowania. Stawka za pracę – w szczególności specjalistów, jak i sposób organizacji ich pracy mają zasadniczy wpływ na wysokość wynagrodzenia oraz, że są to na tyle "wrażliwe" informacje, że mogą one zadecydować i mieć wpływ na przewagę konkurencyjną Wykonawcy w branży, w której ubiega się o kontrakt.

Dokumentacja pracownicza stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa, do której zastosowanie znajduje Procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dodatkowo, Wykonawca podkreśla, że każdy pracownik zawierając umowę o pracę składa oświadczenie o zachowaniu w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawarte w samej umowie Dowody: procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa; Załącznik nr 3 – wykaz pracowników wraz z umowami.

Na aprobatę w powyższym zakresie zasługuje wyrok z dnia 11 sierpnia 2016 r. (KIO 1378/16, LEX nr 2149406), w którym Krajowa Izba Odwoławcza zajęła stanowisko, zgodnie z którym: „zastrzeżenia mogą korzystać przedstawione w wyjaśnieniach informacje dotyczące personelu wykonawcy. Wynagrodzenia uzgodnione z tymi osobami korzystają z ochrony poufności, albowiem możliwe jest dokonanie takiego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, również wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.”

Wykonawca wybrany ma prawo zastrzec wyjaśnienia elementów kosztów osobowych jako tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 28.08.2013 r., KIO 1976/13, LEX nr 1408765). Niewątpliwie, wynagrodzenia uzgodnione z tymi osobami korzystają z ochrony poufności, albowiem możliwe jest dokonanie takiego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa. Mając na uwadze powyższą argumentację, wskazane wyżej informacje należy uznać za ściśle związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością i mające dla niego wartość gospodarczą. Informacje te nie powinny być ujawniane do

wiadomości publicznej i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy."

Zamawiający w dniu 24 lipca 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty wykonawcy KONTRAKT jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługiwały na uwzględnienie.

Mając na względzie okoliczność, że zarówno podstawy faktyczne i prawne zarzutów, jak i argumenty prezentowane przez Strony w obu sprawach były zbieżne, Izba odniesie się do nich w sposób łączny.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp w zw. art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę KONTRAKT w obu postępowaniach o udzielenie zamówienia Izba uznała za zasadny.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 18 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. W myśl ust. 3 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. 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. Zgodnie zaś z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W konsekwencji wykonawca zobowiązany był zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te 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, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Przenosząc powyższe uwagi ogólne na stan faktyczny rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że wykonawca KONTRAKT nie sprostął obowiązkowi wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do objętych tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień.

W pierwszej kolejności Izba jednak podkreśla, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem *stricte* kontrydiktoryjnym co oznacza, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawienia twierdzeń, a także dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rolą stron, między którymi toczy się spór, jest zatem udowodnienie swoich racji i obrona prezentowanych stanowisk, zaś rola Izby sprowadza się co do zasady do oceny prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Inicjatywa stron w przedstawianiu twierdzeń i dowodów na ich poparcie ma zatem zasadniczy wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, determinuje jego wynik. W tym kontekście należy zauważyć, że Odwołujący przedstawił w odwołaniu szczegółową argumentację, konfrontując treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonego przez wykonawcę KONTRAKT z obowiązkiem wykazania wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący wskazał na szereg aspektów, które w jego ocenie przesądzać miałyby o nieskuteczności objęcia spornych załączników do wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym na brak wykazania wartości gospodarczej informacji oraz na brak wykazania podjęcia działań zmierzających do ochrony poufności informacji. Tymczasem stanowisko Zamawiającego zostało ograniczone wyłącznie do wskazania ogólnych wywodów dotyczących zasady jawności oraz tajemnicy przedsiębiorstwa i podsumowującego stwierdzenia, że *„po dokonaniu analizy dokumentów przedstawionych przez KONTRAKT Zamawiający doszedł do przekonania, że słusznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa we wskazanym zakresie, wyraźnie wskazując na wagę zastrzeżonych informacji, ich wartość gospodarczą, mającą istotny wpływ na konkurencyjność na rynku.”* Zamawiający – poza wyrażeniem własnej opinii – nie przedstawił żadnych argumentów, które mogłyby odeprzeć twierdzenia zawarte w odwołaniu. Stosownej argumentacji nie przedstawiono też na rozprawie.

Zamawiający zamiast w sposób merytoryczny i rzeczowy wdać się w polemikę z uzasadnieniem zarzutów zawartym w odwołaniach zdawał się usprawiedliwiać swoją ocenę faktem, że sam Odwołujący skorzystał z możliwości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Okoliczność ta pozostaje jednak bez jakiegokolwiek wpływu na rozstrzygnięcie. Izba w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie dokonuje oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Odwołującego. Należy podkreślić, że czynnikiem decydującym o ewentualnym odtajnieniu zastrzeżonych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinno być to czy wykonawca wykazał, że zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a nie praktyka stosowana przez wykonawców. Zastrzeganie przez wykonawców wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest nagminne i niewątpliwie nadużywane, podczas gdy zasadą powinna być jawność tych postępowań. Dlatego właśnie kluczowa jest rola Zamawiającego, który powinien nad tą jawnością czuwać i w sposób skrupulatny weryfikować czy wykonawcy faktycznie wykazali, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. To, że obaj wykonawcy objęli treść wyjaśnień czy załączników do wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa w żaden sposób nie świadczy o tym, że faktycznie znajdowały się tam informacje stanowiące taką tajemnicę. Wręcz przeciwnie, doświadczenie życiowe wskazuje, że częściej motywatorem działania wykonawców jest chęć utrudnienia konkurentom podniesienia zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny.

Izba stwierdziła, że Zamawiający w ogóle nie odparł argumentacji przedstawionej w treści odwołania, co już samo w sobie – w świetle kontrydiktoryjnego charakteru postępowania odwoławczego – przesądza o zasadności zarzutów. Brak jest podstaw do tego, aby podważyć zasadność stanowiska Odwołującego, skoro nie przedstawiono żadnych kontrargumentów.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w przypadku zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego, polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i do tego wyłącznie kontrola ta się sprowadza. Izba nie dokonuje oceny czy zastrzegane informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie, ale rozstrzyga w ramach postawionych zarzutów czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie sprostął obowiązkowi wykazania objęcia danych zawartych w wyjaśnieniach tajemnicą, czy też nie uczynił tego w sposób wystarczający. Izba orzekając w niniejszej sprawie wzięła zatem pod uwagę argumentację, którą wykonawca KONTRAKT przedstawił w złożonym uzasadnieniu i po skonfrontowaniu lektury tego pisma z uzasadnieniem zarzutów odwołania doszła do przekonania, że rację ma Odwołujący, że wykonawca KONTRAKT nie sprostął ciężarowi wykazania, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty załączone do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w obu postępowaniach w istocie zawierają informacje, które taką tajemnicę stanowią.

Przed wszystkim Odwołujący prawidłowo dostrzegł, że wykonawca KONTRAKT nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.

W tym kontekście należy wskazać po pierwsze, że wykonawca KONTRAKT objął zastrzeżeniem całą treść dokumentów stanowiących załączniki nr 4-9 oraz 11-12, a nie konkretne, wybrane informacje znajdujące się w tych załącznikach. Jak wskazano m.in. w wyroku Izby z dnia 9 sierpnia 2024 r., sygn. akt KIO 2444/24, 2450/24, art. 18 ust. 3

ustawy 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 u.z.n.k., a przede wszystkim użyty w nim wyraz „informacji” – który należy rozumieć jako określoną informację, a nie dokument. Biorąc ponadto pod uwagę, że również w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. jest mowa o informacji, a nie o dokumencie, konieczne jest stwierdzenie, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp uprawnia do nieujawniania określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację - co należy mieć na względzie jako „punkt wyjścia” przy dokonywaniu oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca KONTRAKT nie zidentyfikował konkretnych informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz zastrzegł całą treść określonych dokumentów czy nawet całych folderów z plikami. Tymczasem praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści dokumentów od dawna w orzecznictwie jest postrzegana jako negatywna. Potwierdza to chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie -XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd pokreślił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. Wykonawca KONTRAKT składając wyjaśnienia powinien mieć pełną świadomość z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i że zasadą tego postępowania jest jawność, a w konsekwencji ewentualnie zastrzec tajemnicą przedsiębiorstwa dane wyjątkowo wrażliwe, a nie wszystkie dane pozwalające na ocenę czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca co prawda nie objął tajemnicą samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, niemniej pismo to miało charakter ogólny, nie zawierało informacji dotyczących bezpośrednio kalkulacji ceny ofertowej, a jedynie opis czynników mających wpływ na cenę. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęto pełną treść załączników zawierających szczegółową kalkulację ceny oferty i dowody na jej poparcie, podczas gdy zastrzeżenie powinno się odnosić wyłącznie do poszczególnych, ściśle zidentyfikowanych informacji. Podkreślić należy, iż uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji.

Dalej należy wskazać, że argumentacja zawarta w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została oparta w zasadniczej mierze na zwykłych zapewnieniach i subiektywnym przekonaniu wykonawcy KONTRAKT, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty zawierają informacje stanowiące taką tajemnicę. Tymczasem zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie wykonawcy KONTRAKT o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 46/23, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej branży. Nie wystarczy jedynie oświadczyć, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Trzeba jeszcze stosownie do okoliczności konkretnej sprawy udowodnić czy co najmniej uprawdopodobnić taki stan rzeczy. Wykonawca winien przy skorzystaniu z każdego możliwego środka dążyć do szczegółowego opisanego straty, jaką może ponieść w wyniku ujawnienia zastrzeżonych informacji. Podobnie w wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, zauważono, że przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. O tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności

wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez wykonawcę KONTRAKT zostało oparte jedynie na subiektywnym przekonaniu o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co nie stanowi „wykazania” w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Jak słusznie spostrzegł Odwołujący, już z samej procedury obiegu dokumentacji załączonej do wyjaśnień w postępowaniu, którego dotyczy sygn. akt KIO 2752/24, wynika, że wykonawca nie ujmował wartości gospodarczej w sposób obiektywny, lecz subiektywny wskazując, że informacje są poufne jeśli stanowią „wartość gospodarczą dla Zarządu”. W przedstawionym uzasadnieniu wykonawca KONTRAKT wskazywał m.in., że „wszystkie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje posiadają wartość gospodarczą, bowiem dotyczą one takich zagadnień jak: organizacja i metodologia pracy, logistyka, zasoby osobowe i techniczne, współpraca z kontrahentami, będące w dyspozycji Wykonawcy, indywidualne przymioty pozwalające zaoferować konkurencyjną cenę oraz zrealizować zamówienie na najwyższym poziomie.” Tymczasem samo wskazanie na kategorię informacji wcale nie przesądza o tym, że informacja ta ma wartość gospodarczą, wartość tą należy wykazać. Twierdzenie, że „zbiór wypracowanych metod stanowi istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem umożliwia utrzymywanie przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w rodzimej branży” nie stanowi nic poza wyrażeniem własnego przekonania wykonawcy, które nie zostało niczym poparte. Podobnie stanowisko, że „zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej wpływający na sposób budowania oferty został stworzony w oparciu o wiedzę i doświadczenie zdobyte na przestrzeni lat, a ujawnienie tych informacji pozbawi Wykonawcę, a co najmniej zachwieje lub zagrazi konkurencyjnej pozycji na rynku przedsiębiorców świadczących tego typu usługi, bowiem inne podmioty świadczące te usługi będą mogły zapoznać się z informacjami, które Wykonawca wypracował przez lata swojej działalności i które pozwalają stworzyć korzystną ofertę” pozostało wyłącznie gołosłowne, stanowi ono jedynie opinię wykonawcy KONTRAKT. Śtawiana przez wykonawcę KONTRAKT teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia informacji dotyczących metody kalkulacji ceny ofertowej nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Sama okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki wykonawcę skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów wykonawcy KONTRAKT i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zastrzeżenia metodologii kalkulacji ceny, analizy ryzyka oraz projekcji kosztów pośrednich Izba stwierdziła, że nie zostało przez wykonawcę KONTRAKT wykazane, że informacje zawarte w załącznikach nr 4-9 oraz 11-12 (załącznik nr 3 nie był objęty zakresem zaskarżenia) prezentują jakąś unikalną strategię wykonawcy. Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa kilkakrotnie podkreślał, że kalkulacja ceny ofertowej została opracowana na potrzeby przedmiotowego postępowania. Wykonawca KONTRAKT podnosił m.in., że „Przygotowując ofertę pod konkretne postępowanie Wykonawca uwzględni specyfikę tego zamówienia oraz zbiór wypracowanych metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej i w ten sposób przygotowuje ofertę, która pozwala zaoferować konkurencyjną cenę, wypracować zysk i prawidłowo zrealizować zamówienie” W konsekwencji kalkulacja cenowa załączona do wyjaśnień stanowiła kalkulację opracowaną na potrzeby tego konkretnego postępowania, z uwzględnieniem uwarunkowań charakterystycznych dla tego postępowania. Trudno uznać w takiej sytuacji, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przekazywany jest jakiś szczególnie „pomysł” na realizację zamówienia. Mamy bowiem do czynienia z zamówieniami na roboty budowlane polegające na przebudowie dróg, a tego rodzaju postępowań organizowanych jest wiele w całym kraju. Przedmiot zamówienia został opisany za pomocą szczegółowej dokumentacji technicznej, a do ofert wykonawcy zobowiązani byli załączyć formularze cenowe stanowiące kosztorysy sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej. Nawet, jeśli zamówienia na poszczególne odcinki dróg wojewódzkich różnią się swoim zakresem, to nie można w tym przypadku mówić o szczególnych, unikatowych rozwiązaniach czy technologiach, których zastosowanie będzie wymagane w tym przypadku. Uwarunkowania były w tym zakresie dla wszystkich wykonawców jednakowe i wynikały z opisu przedmiotu zamówienia i dokumentacji technicznej, gdzie narzucono wykonawcom obowiązek przyjęcia określonych technologii i materiałów. Sam sposób wyceny realizacji zamówienia został określony w SWZ oraz w załącznikach do SWZ, Wykonawca miał wskazać w formularzach cenowych ceny jednostkowe poszczególnych elementów rozliczeniowych. Sposób wykonania zamówienia, w tym wymagań i obowiązujących standardów w zakresie przebudowy dróg został opisany przez Zamawiającego w SWZ, w tym OPZ i załączonych do niego specyfikacjach technicznych. Wykonawca KONTRAKT nie wyjaśnił rzeczowo, w jaki sposób informacje dotyczące wyliczenia kosztów w tych dwóch postępowaniach miałyby ujawniać jakieś kluczowe informacje dotyczące przyjętej przez niego polityki cenowej. Wykonawca KONTRAKT poprzestał na hasłowych zapewnieniach, które nie są w jakikolwiek sposób

weryfikowalne. Stawiana teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia informacji dotyczących procesu kalkulacji kosztów nie została w ocenie Izby wykazana.

Przy tym należy zauważyć, że wykonawca KONTRAKT w punkcie II zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącym metodologii kalkulacji ceny, analizy ryzyka i projekcji kosztów pośrednich przedstawił wyłącznie zbiorcze uzasadnienie w odniesieniu do załączników nr 4 -9 i 11-12, w ogóle nie dokonując zindywidualizowania tego uzasadnienia w odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w tych załącznikach. Uzasadnienie przedstawione w punkcie II zawiera wyłącznie ogólne stwierdzenia, a jedynym dokumentem, do którego odniesiono się w tym uzasadnieniu jest Zarządzenie w sprawie wysokości i zasad podziału metod i zasad wyliczania kosztów pośrednich. Niemniej poza powołaniem się na to zarządzenie nie wykazano dlaczego przyjęte przez wykonawcę zasady wyliczania kosztów pośrednich, które są standardowym elementem uwzględnianym w procesie kosztorysowania robót budowlanych, miałyby mieć charakter unikalny i w czym ta unikalność miałyby się przejawiać. Słusznie także spostrzegł Odwołujący, że w przedmiotowych postępowaniach Zamawiający w STWiORB bardzo szczegółowo wskazał, jakie kategorie kosztów powinny zostać uwzględnione w ramach kosztów pośrednich. Z kolei do innych informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach, np. do analizy ryzyk, w punkcie II w ogóle się nie odniesiono. Tak skonstruowane uzasadnienie nie wykazuje wartości gospodarczej w odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentach. Nie odnosi się ono ani do konkretnych treści zawartych w tych wyjaśnieniach, ani też nie przystaje do specyfiki i charakteru zamówienia.

W pkt III uzasadnienia wskazano na zastrzeżenie informacji technicznych, tj. załączników nr 4 i 5 do wyjaśnień zawierających kalkulacje wytworzenia mas mineralno-bitumicznych i mieszanek, przy czym całość tego uzasadnienia sprowadzała się do stwierdzenia, że opis receptur tworzenia mas bitumicznych i betonów stanowi know-how wykonawcy. Powyższe nie zostało szerzej wyjaśnione, nie mówiąc o wykazaniu wartości gospodarczej tych informacji. Tymczasem jak słusznie zauważył Odwołujący mieszanki, do których nawiązują ww. załączniki, muszą być bezpośrednim odzwierciedleniem wymagań wynikających z dokumentacji technicznej. W STWiORB zawarto szczegółowe informacje na temat wymaganych mieszanek, w tym ich składu, projektowania mieszanek i technologii wytwarzania. Co więcej, sam wykonawca KONTRAKT przyznał, że tworzenie receptury często odbywa się z użyciem konkretnych materiałów, dostosowując je pod oczekiwania usługodawców. A skoro tak, to wycenie kosztów związanych z wytworzeniem mas i mieszanek na potrzeby przedmiotowych dwóch postępowań, w oparciu o konkretne wymagania wynikające z dokumentacji technicznej, zindywidualizowanych na potrzeby tych właśnie postępowań, trudno przypisać wartość gospodarczą. Z całą pewnością nie można tej wartości gospodarczej uzasadniać rzekomym ujawnieniem informacji mogących wpływać na przewagę konkurencyjną wykonawcy KONTRAKT, skoro wszyscy wykonawcy zobowiązani byli wycenić masy mineralno-bitumiczne i mieszanki z uwzględnieniem tych samych, konkretnie wyartykułowanych w STWiORB, uwarunkowań.

Odnosząc się do pkt IV uzasadnienia zastrzeżenia dotyczącego informacji związanych z polityką cenową – załącznik nr 6 i 8 do wyjaśnień, Izba wskazuje, że wykonawca KONTRAKT ponownie nie zindywidualizował konkretnych informacji, które zastrzega. Załączniki nr 6 i 8 miały postać folderów, w których zawarto szereg plików zawierających różnego rodzaju dokumenty, zaś wykonawca KONTRAKT jedynie wskazał, że tego rodzaju dokumentacja obejmuje warunki negocjowane w toku wieloletniej współpracy i stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do konkretnych informacji zawartych w tych dokumentach, nie wskazał nawet w czym *de facto* upatruje wartości gospodarczej tych informacji. Trudno uznać za zasadne stanowisko wykonawcy KONTRAKT, że konkurencja pozyskując takie dane będzie w stanie dostosować odpowiednio ceny swoich ofert, czym innym jest bowiem powzięcie wiedzy o posiadanych przez konkurenta upustach, a czym innym faktyczna możliwość pozyskania takich upustów. Ponadto Izba wskazuje, że sama okoliczność, że partnerzy handlowi wykonawcy KONTRAKT zastrzegli poufność pewnych danych, nie oznacza, że automatycznie uzasadnia to objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy KONTRAKT było wykazać wartość gospodarczą informacji zawartych w konkretnych dokumentach, a tego wykonawca nie uczynił. Przy czym szereg załączonych dokumentów (ofert, faktur) nie zawiera w ogóle informacji wskazujących, że dane tam zawarte zostały objęte tajemnicą handlową. Ponadto wykonawca KONTRAKT zamiast objąć tajemnicą wyłącznie informacje o ewentualnych upustach, skoro to w tych upustach upatrywał swojej unikalnej przewagi konkurencyjnej, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa całe katalogi dokumentów (wśród których znalazły się nawet wydruki ze strony internetowej) i pełną treść tych dokumentów, a nie jedynie te informacje, które mogłyby się wiązać *stricte* z poziomem rabatów. Takie działanie nie zasługuje na pozytywną ocenę.

Dodatkowo Izba wskazuje, że każdy wykonawca buduje swoje relacje z partnerami handlowymi i negocjuje z nimi warunki realizacji określonych zakresów zamówienia czy dostawy materiałów tak, aby osiągać jak najlepsze ceny i otrzymywać jak największe upusty dostępne w danych warunkach rynkowych, umożliwiające mu konkurowanie z innymi

podmiotami a w rezultacie pozyskiwanie jak najszerszego spektrum zamówień. Nie zostało jednak w żaden sposób dowiedzione przez wykonawcę KONTRAKT, że inni kontrahenci faktycznie wykorzystują zdobytą wiedzę na temat warunków współpracy z innymi podmiotami. Wykonawca nie podał ani konkretnych przykładów, ani też nie wskazał jaką wymierną szkodę z tego tytułu mógłby ponieść. Stanowisko wykonawcy KONTRAKT należy uznać za gołosłowne, nie zostało poparte żadną wiarygodną i szczegółową argumentacją.

W konsekwencji Izba w sprawach o sygn. akt KIO 2749/24 i KIO 2752/24 uznała, że wykonawca KONTRAKT nie wykazał wartości gospodarczej informacji, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa, co skutkuje uznaniem, że nie została spełniona jednak z przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., których kumulatywne spełnienie jest niezbędne do skutecznego zastrzeżenia poufności informacji.

Dalej Izba wskazuje, że kolejnym warunkiem skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie, że wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania do zachowania tych informacji w tajemnicy. Wykazanie powyższych okoliczności nie jest obiektywnie trudne, ponieważ działania mające na celu zachowanie poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać – może to być wdrożenie odpowiednich środków technicznych, informatycznych, monitoring, ale i dokumentacja potwierdzająca istnienie i wdrożenie procedur bezpieczeństwa (jak chociażby wewnątrzorganizacyjne regulaminy, polityka bezpieczeństwa informacji, umowy NDA, klauzule stosowane w umowach z pracownikami, współpracownikami, kontrahentami, etc.). W obu postępowaniach, w złożonym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca KONTRAKT wielokrotnie powoływał się na fakt posiadania w swoim przedsiębiorstwie procedury obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa, niemniej w postępowaniu na przebudowę i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów – Konotop (sygn. akt KIO 2749/24) tego rodzaju dokumentu do wyjaśnień nie załączył. Tym samym nie przedstawił on dowodu, który potwierdzałby rzeczywiste podjęcie działań w celu zachowania informacji przedstawionych w wyjaśnieniach w poufności. Nie zasługuje tu na aprobatę stanowisko Zamawiającego, który podczas rozprawy wskazywał, że tego rodzaju dokument był składany w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego i jest Zamawiającemu znany, wykonawca ma bowiem obowiązek wykazania, że podjął środki w celu zachowania w poufności informacji zastrzeżonych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego należałoby uznać, że również inne dokumenty, których wykonawca nie złożył, a na które powołał się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (jak analiza ryzyka oraz wzór i metoda kalkulacji cen jednostkowych) należy uwzględnić podczas badania ceny oferty, gdyż są znane Zamawiającemu z innych źródeł. To rolą wykonawcy jest wykazać – na potrzeby każdego konkretnego postępowania – że spełniono przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i że cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający weryfikując czy powyższa przesłanka z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. została spełniona, powinien dysponować informacjami i dokumentami, które mu na taką pozytywną weryfikację pozwolą, zaś w postępowaniu na przebudowę i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów – Konotop (sygn. akt KIO 2749/24) tego rodzaju dokumentami nie dysponował. Same oświadczenia kilku pracowników zajmujących się ofertowaniem o zachowaniu poufności informacji nie dowodzą skutecznego wdrożenia stosownych mechanizmów zabezpieczających przed ujawnieniem informacji newralgicznych dla przedsiębiorstwa, skoro zasadniczym dokumentem wskazywanym przez wykonawcę KONTRAKT była procedura obiegu dokumentacji zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak tego dokumentu uniemożliwił Zamawiającemu w ww. postępowaniu przeanalizowanie jaki krąg osób ma dostęp do informacji, czy wykonawca faktycznie wdrożył odpowiednie systemy i procedury w celu ochrony tych informacji, na które się powoływał, jak również czy są one skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności.

Dlatego też w przypadku postępowania na przebudowę i wzmocnienie drogi woj. nr 278 na odcinku Sulechów – Konotop (sygn. akt KIO 2749/24) Izba uznała, że wykonawca nie tylko nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ale również nie wykazał, że podjął skuteczne działania w celu zachowania tych informacji w poufności. Natomiast okoliczności takiej nie dowiedziono w sprawie o sygn. akt KIO 2752/24.

Mając na względzie wszystko powyższe Izba uwzględniła oba odwołania i nakazała Zamawiającemu Województwu Lubuskiemu - Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Zielonej wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 1 w obu postępowaniach, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawcę KONTRAKT zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych odpowiednio w załącznikach nr 4-8 i nr 11 (sygn. akt KIO 2749/24) oraz w załącznikach nr 4-9 oraz nr 11-12 (sygn. akt KIO 2752/24) do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 9 lipca 2024 r. w całości.

Tytułem wyjaśnienia Izba wskazuje, że w świetle ustaleń poczynionych w oparciu o treść dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego oraz z uwzględnieniem odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego podczas rozprawy na pytanie Przewodniczącej składu orzekającego, do wyjaśnień złożonych przez KONTRAKT w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy sprawa o sygn. akt KIO 2749/24, nie dołączono dokumentów opisanych jako załącznik nr 9

(wzór i metoda kalkulacji cen jednostkowych uwzględniający zapisy STWIOR w dziale D) oraz załącznik nr 12 (analiza ryzyka). Tym samym w sprawie KIO 2749/24 Izba nie nakazała odtajnienia tych załączników, jako że nie zostały one złożone.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołania podlegają uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obu sprawach orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na uwzględnienie odwołań w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego w każdej ze spraw kwotę 20 000 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołań.

Przewodnicząca:.....