

Sygn. akt KIO 1976/24

Sygn. akt KIO 2122/24

## WYROK

Warszawa, dnia 8 lipca 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2024 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 roku oraz w dniu 17 czerwca 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO., LTD z siedzibą w Seulu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego

1. MGGP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24, KIO 2122/24
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SYSTRA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Paryżu BIURO PROJEKTOWO-KONSULTINGOWE BPK MOSTY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24, KIO 2122/24
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VOESSING POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bydgoszczy, Vössing Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorf w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24, KIO 2122/24

### orzeka:

#### KIO 1976/24

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO., LTD z siedzibą w Seulu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO., LTD z siedzibą w Seulu rzecz zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

#### KIO 2122/24

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO., LTD z siedzibą w Seulu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINEERING CO., LTD z siedzibą w Seulu rzecz zamawiającego PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

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 1976/24

Sygn. akt KIO 2122/24

#### UZASADNIENIE:

Zamawiający - PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn: „Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów – Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Prace na linii kolejowej E30 Rzeszów – Medyka (granica państwa).”, nr referencyjny: IREZA3.292.08.2023.c.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2023 r. pod numerem: 00719257-2023.

#### **KIO 1976/24**

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA; OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINE CO., LTD z siedzibą w Seulu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 3 czerwca 2024 r. wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na:

1.1. nieprawidłowej ocenie skuteczności zastrzeżenia wyjaśnień oraz załączników do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 20 maja 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny („Wyjaśnienia RNC”), a w konsekwencji uznaniu, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne oraz uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie opisanym w zawiadomieniu z dnia 24 maja 2024 r.;

1.2. nieprawidłowej ocenie skuteczności zastrzeżenia dodatkowych wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2 czerwca 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny („Dodatkowe Wyjaśnienia RNC”), a w konsekwencji uznaniu, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne oraz uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie pytania i odpowiedzi na pytanie nr 2 oraz pytania oraz odpowiedzi na pytanie nr 3.

#### **Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1.art. 18 ust. 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z pkt. 14.15.4 i pkt. 14.15.6. SWZ-IDW poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności, uznanie że:

a)w odniesieniu do Wyjaśnień RNC z 20 maja 2024 r. oraz do Załączników 1.1.-1.4 oraz Załącznika nr 2 do Wyjaśnień RNC z 20 maja 2024 r. oraz w odniesieniu do Dodatkowych Wyjaśnień RNC z 2 czerwca 2024 r. w zakresie pytania i odpowiedzi na pytanie nr 2 oraz pytania i odpowiedzi nr 3 Wykonawca przedstawił ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wykazała, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą oraz nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, przywoływane przez niego twierdzenia i okoliczności oraz nie wykazał, że zastrzeżone dane dotyczące kalkulacji ofertowej były kompletowane według unikalnego wzoru służącego Wykonawcy do formułowania ofert i zostaną one użyte również w innych postępowaniach, podczas gdy Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wyczerpująco uzasadnił z czego wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, jako stanowiących szczegółowe omówienie zasad kalkulacji ceny oferty oraz podejścia Wykonawcy do wyceny przedmiotu zamówienia jak również przedstawił dowody na podejmowane przez Wykonawcę działania, które mają na celu ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;

b)w odniesieniu do Załączników 12.1, 12.2 oraz Załącznika nr 14 do Wyjaśnień RNC Wykonawca, które stanowią oferty podwykonawcze nie zawierające w swej treści zastrzeżenia o ich poufny charakterze, a Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów, potwierdzających podejmowanie działań w celu utrzymania w poufności tych ofert przez samych podwykonawców, podczas gdy z odnośnych przepisów PZP nie wynika obowiązek wykazania działań podejmowanych przez podwykonawcę, w celu zachowania określonych informacji w poufności, ale obowiązek wykazania działań, które podejmuje wykonawca oraz gdy utrwalonym standardem rynkowym jest to, że oferty, które składają i uzyskują prywatne podmioty (tutaj: podwykonawca i wykonawca) mają charakter poufny i nie są publicznie dostępne, nawet jeżeli nie zawierają wprost wyrażonego zastrzeżenia o poufności.

#### **Odwołujący wniósł o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności:

- 1) z 24 maja 2024 r. polegającej na uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy z 20 maja 2024 r. wraz z załącznikami, dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa,
- 2) z 3 czerwca 2024 r. polegającej na o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w wyjaśnieniach Wykonawcy z 2 czerwca 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa,

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert, w tym oceny skuteczności zastrzeżenia Wyjaśnień RNC oraz Dodatkowych Wyjaśnień RNC jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nakazanie utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie opisanym w:

- 1) wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 20 maja 2024 r. (plik: 2024\_05\_20 DOHWA E30 wyjaśnienia RNC (częściowo odtajniona, odtajnienia oznaczone kolorem żółtym) oraz
  - a) Załącznik 1.1. Kalkulacja kosztów i nakładów – TAJEMNICA
  - b) Załącznik 1.2. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA I – TAJEMNICA
  - c) Załącznik 1.3. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA II – TAJEMNICA
  - d) Załącznik 1.4. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA III – TAJEMNICA
  - e) Załącznik 2. Średnia stawka godzinowa – TAJEMNICA
  - f) Załącznik 12.1 oferta (1) – TAJEMNICA
  - g) Załącznik 12.2 oferta (2) – TAJEMNICA
  - h) Załącznik 14. oferta – TAJEMNICA
- 2) wyjaśnieniach Wykonawcy z 2 czerwca 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty, w zakresie pytania i odpowiedzi nr 2 oraz pytania i odpowiedzi nr 3.
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

#### **KIO 2122/24**

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DOHWA POLSKA SPÓŁKA : OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Krakowie, DOHWA ENGINE CO., LTD z siedzibą w Seulu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 czerwca 2024 r. wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności Zamawiającego polegającej na nieprawidłowej ocenie skuteczności zastrzeżenia załączników nr 1.2., 1.3., 1.4. do wyjaśnień Wykonawcy z dnia 20 maja 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny („Wyjaśnienia RNC”), a w konsekwencji uznaniu, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za nieskuteczne oraz uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie opisanym w zawiadomieniu z dnia 6 czerwca 2024 r.

#### **Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:**

1. art. 18 ust. 3 PZP w związku z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z pkt. 14.15.4 i pkt. 14.15.6. SWZ-IDW poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności, poprzez uznanie że:

- a) w odniesieniu do Załączników 1.2., 1.3., 1.4. do Wyjaśnień RNC z 20 maja 2024 r. Wykonawca przedstawił ogólnikowe uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nie wykazała, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą oraz nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, przywoływane przez niego twierdzenia i okoliczności oraz nie wykazał, że zastrzeżone dane dotyczące kalkulacji ofertowej były kompletowane według unikalnego wzoru służącego Wykonawcy do formułowania ofert i zostaną one użyte również w innych postępowaniach, podczas gdy Wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy wyczerpująco uzasadnił z czego wynika wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji, jako stanowiących szczegółowe omówienie zasad kalkulacji ceny oferty oraz podejścia Wykonawcy do wyceny przedmiotu zamówienia jak również przedstawił dowody na podejmowane przez Wykonawcę działania, które mają na celu ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

#### **Odwołujący wniósł o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 6 czerwca 2024 r. polegającej na uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zawartych w Załącznikach nr 1.2., 1.3., 1.4. do wyjaśnień Wykonawcy z 20 maja 2024 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa,
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert, w tym oceny skuteczności zastrzeżenia Wyjaśnień RNC jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nakazanie utrzymania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do całości:
  - a) Załącznika 1.2. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA I – TAJEMNICA
  - b) Załącznika 1.3. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA II – TAJEMNICA
  - c) Załącznika 1.4. Kalkulacja kosztów i nakładów - FAZA III – TAJEMNICA
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

#### **KIO 1976/24, KIO 2122/24**

#### **W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:**

Zarówno na gruncie doktryny jak i orzecznictwa nie budzi wątpliwości to, że wyjaśnienia wykonawcy dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym przedkładane w ramach wyjaśnień dowody, mogą zawierać dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący przytoczył poglądy doktryny jak również orzecznictwo zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych, administracyjnych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w praktyce rynkowej również powszechnie stosowane jest zastrzeganie przez wykonawców tego typu wyjaśnień i zawartych w nich informacji, jako dotyczących danych wrażliwych, które pozwalają mu na budowanie przewagi rynkowej wobec konkurentów, a odnoszących się ściśle do strategii budowania ceny, know-how czy też relacji handlowych.

Konkludując, Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa i doktryny w sposób jednoznaczny wynika, iż zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom wynikającym z przepisu art. 18 ust. 3 PZP. Ponadto w celu zapewnienia niezakłóconej konkurencji rynkowej, ochrony zaufania pomiędzy kontrahentami oraz utrzymania w poufności informacji mających dla wykonawców określone znaczenie gospodarcze, zamawiający jest zobowiązany jest do nieujawniania danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Świadczy o tym nie tylko zastrzeżenie ich w wyjaśnieniach składanych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale również charakter poszczególnych danych, których treść została zastrzeżona przez Odwołującego czy też treść poszczególnych dokumentów objętych tajemnicą. Jest bowiem oczywiste, że informacje te posiadają wartość gospodarczą, a ich pozyskanie przez konkurentów mogłoby wyrządzić szkodę Odwołującemu.

#### **Charakter zastrzeżonych informacji**

Po pierwsze, Odwołujący nie zastrzegł jako informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (dalej jako „Informacje Zastrzeżone”) całych Wyjaśnień RNC, ale wyłącznie te części, fragmenty lub załączniki, które odnoszą się do metody kalkulacji ceny i prezentują dane i wartości, które obrazują sposób podejścia do kalkulacji ceny oraz metodę budowania ceny ofertowej, w tym szczegółowe dane dotyczące sposobu wyceny oraz czynników, które zostały wzięte pod uwagę przy budowaniu ceny, w tym liczba zaangażowanego personelu, nakład pracy (czasochłonność), koszty realizacji poszczególnych zadań, sposób ich realizacji oraz zaangażowanie podwykonawców.

W zastrzeżonej części Wyjaśnień RNC z 20 maja 2024 r. oraz załącznikach m.in. od 1.1. do 1.4. oraz Odwołujący przedstawił szczegółowe koszty w ujęciu zbiorczym (Załącznik nr 1.1.) oraz szczegółowe koszty realizacji poszczególnych Faz zamówienia (Faza I, II, III, obejmujące planowane nakłady osobowe, czasochłonność poszczególnych prac, szacowane w związku z tym koszty, sposób podejścia do realizacji zadań oraz zakres i koszty prac, w przy udziale których Wykonawca opiera się na podwykonawcach – wraz ze wskazaniem nazw tych podmiotów oraz szacowanych kosztów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej oraz zadań towarzyszących, których ostatecznym efektem ma być przygotowanie dokumentacji, na podstawie której Zamawiający będzie mógł realizować inwestycję.

Z uwagi na charakter zamówienia, wycena prac odnosi się przede wszystkim do wyceny kosztów usługi, która będzie realizowana przez zespół projektowy, a cena ofertowa jest budowana przede wszystkim (lecz nie wyłącznie) w oparciu o:

- a) nakłady - liczbę zaangażowanego personelu własnego lub personelu obcego (podwykonawcy) oraz planowany czas zaangażowania personelu;
- b) koszty ponoszone przez Wykonawcę, związane z zaangażowaniem personelu;
- c) koszty uzgodnień, pozwoleń, koszty ogólne przedsiębiorstwa.

Z uwagi na charakter wyjaśnień RNC, w których wykonawca musi zobrazować sposób ustalenia ceny ofertowej, wykonawca musi zaprezentować bardzo szczegółowe dane, obrazujące de facto jego know-how, sposób budowania ceny i prowadzenia działalności, liczbę zaangażowanego personelu, nakład pracy, politykę handlową, kontakty i relacje handlowe i poziom uzyskiwanych cen w relacji z podmiotami trzecimi (podwykonawcami), a więc informacje które mają kluczowe znaczenia dla Odwołującego i jego gospodarczych interesów.

Jednocześnie informacje zawarte w Wyjaśnieniach RNC posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą szczegółowego sposobu budowania ceny ofert, ale także zawierają wrażliwe dane jak średnie stawki wynagrodzenia oraz planowany zysk. Powyższe informacje posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą i z tego względu podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wszystkie powyższe czynniki mają znacznie dla strategii budowania ceny ofertowej, nie tylko w tym konkretnym postępowaniu, ale również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a jednocześnie są to dane wrażliwe obrazujące sposób podejścia do wyceny, know-how (wycena nakładów, zaangażowania dla poszczególnych etapów czy zakresów prac), które decydują o przewadze konkurencyjnej w przypadku zamówień, w których przedmiotem świadczenia są przede wszystkim usługi intelektualne, a o konkurencyjności wyceny decyduje sposób alokowania personelu oraz organizacji wykonawcy.

Odnosząc się do czynności Zamawiającego, Odwołujący wskazał, że zasadniczą wątpliwość Zamawiającego, która legła u podstaw uznania, że Wykonawca nie wykazał skutecznie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest stwierdzenie, że:

*Wykonawca nie wyjaśnia, w jaki sposób zastrzegane informacje miałyby przełożyć się na walkę konkurencyjną. W uzasadnieniu jedynie lakonicznie i ogólnikowo wskazano, że ujawnienie informacji mogłoby spowodować możliwość ich wykorzystania i zastosowania podobnych działań przez podmioty konkurencyjne. (str. 6 uzasadnienia decyzji Zamawiającego)*

*Zamawiający podkreśla, że w odniesieniu do informacji zawarte w tabelach prezentujących koszty realizacji zamówienia, w szczególności zatrudnienia personelu nie mogą zostać potraktowane jako tajemnica przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazuje wprost, jak ujawnienie tych konkretnych informacji mogłoby działać na szkodę Wykonawcy (str. 7 uzasadnienia decyzji Zamawiającego)*

*Wykonawca, nie wyjaśnił czym przyjęty przez niego sposób wyceny odróżnia się od innych, co powoduje, że jest on specyficzny dla tego Wykonawcy, na tyle, że mógłby stanowić chronioną wartość gospodarczą. W szczególności, Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone dane dotyczące kalkulacji ofertowej były kompletowane według jakiegoś specyficznego klucza lub unikalnego wzoru służącego Wykonawcy do formułowania ofert i zostaną one użyte również w innych postępowaniach (str. 7 uzasadnienia decyzji Zamawiającego)*

podczas gdy w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wyjaśnił, że kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, w tym:

- 1) organizację pracy (co przyznaje sam Zamawiający – str. 6 uzasadnienia);
- 2) szacowane nakłady osobowe i kosztowe,
- 3) pracochłonność poszczególnych zadań, które pozwolił na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej,
- 4) szczegółowe informacje na temat szacowanych kosztów, w tym wynagrodzeń, poparte dowodami w postaci przykładowych umów o pracę, które nie są jawne, a obrazują poziom wynagrodzeń oferowanych przez Wykonawcę na poszczególnych stanowiskach, a tym samym stanowią informacje o charakterze organizacyjnym Wykonawcy oraz obrazują strukturę kosztów ponoszonych przez Wykonawcę,

które stanowią podstawy rentowności przedsiębiorstwa, a tym samym posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą.

Wykonawca wyjaśnił również, że w przypadku pozyskania takich informacji przez konkurentów, będzie to prowadziło do poniesienia przez Wykonawcę szkody poprzez np. obniżenie konkurencyjności Wykonawcy, ponieważ inne podmioty posiadają wiedzę nt. strategii budowania ceny czy też próby przejęcia pracowników Wykonawcy.

Zamawiający określa uzasadnienie zastrzeżenia jako „lakoniczne i ogólnikowe” i zdaje się przede sam Zamawiający oczekiwałby, aby Wykonawca w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawił niejako „instrukcję” prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług projektowych, odnosząc poszczególne dane i założenia kosztowe do sposobu prowadzenia tego typu działalności i tego, w jaki sposób może to wpłynąć niekorzystnie na działalność Wykonawcy i obniżyć jego konkurencyjność.

Na podstawie wyjaśnień dotyczących ceny oferty konkurent może ocenić i ustalić jakie schematy wyceny stosuje Odwołujący oraz jak szacuje ryzyka związane z danym zakresem prac. Dla Zamawiającego, jako profesjonalisty,

powinno być oczywiste, iż informacje zastrzeżone mają dla wykonawców wartość gospodarczą i jest wręcz oczywistym, iż szczegółowe informacje zawarte w wyjaśnieniach ws. kalkulacji ceny oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mają one kluczowe znaczenie dla przewagi konkurencyjnej poszczególnych wykonawców. Innymi słowy, ujawnienie innym podmiotom bardzo szczegółowych informacji zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego i objętych klauzulą poufności pozwoliłoby konkurentom jego know-how oraz szczegółowe rozwiązania finansowe, technologiczne i organizacyjne, które pozwalają na osiągnięcie przewagi nad konkurentami.

Nie ulega również wątpliwości, że sam sposób przygotowania wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny, prezentacji danych czy założeń, stanowi know-how Wykonawcy. Z uwagi na wymagania wynikające z przepisów PZP, jak pokazuje praktyka, oferty wykonawców są odrzucane właśnie z tego powodu, że nie potrafią oni zaprezentować sposobu kalkulacji ceny w sposób wyczerpujący i zaprezentować w jak cenę ofertową została osiągnięta. Już tylko z tego powodu sposób prezentowania danych i informacji o nakładach i kosztach ma kluczowe znaczenie dla budowania konkurencyjności danego wykonawcy, ponieważ pozwala o skuteczną obronę zaoferowanej ceny. 2.24. Dla wykazania, że informacje dotyczące strategii budowania ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest przy tym konieczne wykazanie, że (jak twierdzi Zamawiający) dane dotyczące kalkulacji ofertowej były kompletowane według unikalnego wzoru służącego Wykonawcy do formułowania ofert i zostaną one użyte również w innych postępowaniach. Rolą Wykonawcy nie jest przedstawienie algorytmu lub wzoru strategii budowania ceny, ale już sam fakt wykazania sposobu podejścia do kalkulacji, ponoszonych nakładów i poziomu kosztów, które będą znane (w przypadku ujawnienia informacji) konkurentom powoduje, że konkurencyjność wykonawcy zostaje zaburzona i obniżona.

Odwołujący odnosząc się do dowodów, których rzekomo nie przedstawił wskazał, że trudno sobie wyobrazić w jaki sposób i jakimi dowodami, których oczekuje Zamawiający, Odwołujący miałby wykazać, że szczegółowe kalkulacje kosztowe stanowią dla niego wartość gospodarczą. Środki dowodowe, prezentowane wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy mają na celu wykazanie, przesłanki określonej w art. 11 ust. 2 UZNK tj., że wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania danych informacji w poufności. Na okoliczność podejmowanych działań Odwołujący przedstawił stosowne dowody wymienione w części dotyczącej „uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa”, w tym m.in. wykazał, że zarówno spółka Dohwa Polska sp. z o.o. sp.k. jak i Dohwa Engineering Co. Ltd. posiada uzyskały certyfikację zgodnie z normą ISO 9001:2015 [System Zarządzania Jakością].

Środki podejmowane w celu zachowania informacji w poufności zostały przedstawione również w związku z zabezpieczeniem sieci informatycznych Odwołującego czy podejmowanych działań w relacjach z kontrahentami.

Zdaniem Odwołującego powyższe stanowi dowód, że chroni on informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oraz że takie informacje stanowią dla wartości gospodarczą.

Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis art. 18 ust. 3 PZP posługuje się terminem „wykazania” a nie „udowodnienia”, a tym samym termin „wykazanie” nie można odnosić wprost do udowodnienia określonych okoliczności. To, że dane informacje, w tym te zastrzeżone przez Odwołującego informacje posiadają wartość gospodarczą uwarunkowane jest m.in. charakterem i zakresem zastrzeżonych informacji, podanych w Wyjaśnieniach RNC.

#### **Zastrzeżenie informacji dotyczących oferty podwykonawców**

W odniesieniu do Załącznika nr 12.1, 12.2 i 14 do Wyjaśnień RNC Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał skutecznie zastrzeżenia informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ w ww. ofertach sami podwykonawcy nie oświadczyli, że oferty stanowią informacje poufne.

Zamawiający stwierdza w uzasadnieniu z 24 maja 2024 r., że: *Wskazane w wyżej wymienionych plikach oferty podwykonawcze, zamówienia stanowią oferty podwykonawców nie zawierające w swej treści zastrzeżenia o ich poufnym charakterze. Wykonawca nie przedstawił wystarczających dowodów, że posiada zawarte z tymi podwykonawcami umowy o zachowaniu poufności, a także nie przedstawił dowodów potwierdzających podejmowanie działań w celu utrzymania w poufności tych ofert przez samych podwykonawców. Wykonawca przedłożył jedynie zanonimizowaną umowę o zachowaniu poufności, stosowaną z kontrahentami Podwykonawcy.*

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę, że art. 18 ust. 3 PZP stanowi o konieczności wykazania przez „wykonawcę”, że określone informacje zostały przez niego zastrzeżone oraz że nie mogą być one udostępniane oraz gdy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika jednak, że to nie wykonawca, ale podwykonawca miałby wykazać, że oferowane przez niego warunki handlowe (oferta podwykonawcy) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Równocześnie Zamawiający wymaga, wbrew art. 18 ust. 3 PZP, aby to podwykonawca wykazał (przedstawił dowody), podejmowanie działań w celu utrzymania w poufności tych ofert przez samych podwykonawców. Zdaniem Odwołującego powyższe stoi w sprzeczności z przepisem art. 18 ust. 3 PZP, ponieważ nie wynika z niego w żaden sposób, aby to „podwykonawca” miał wykazywać określone działania w celu zachowania informacji w poufności.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z praktyką rynkową, warunki handlowe oferowane przez podmioty prywatne innym podmiotem prywatnym nie są jawne. W praktyce, podmioty funkcjonujące na rynku „nie chwalą się” ofertami, które

złożyły swoim kontrahentom, ani nie publikują takich ofert w domenie publicznej. W oczywisty sposób, warunki handlowe mają charakter poufny, nawet jeżeli dany podmiot nie zastrzegł jednoznacznie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Warunki handlowe i ustalenia z kontrahentami stanowią o przewadze Odwołującego zarówno w niniejszym Postępowaniu jak i mogą stanowić przewagę w projektach realizowanych w przyszłości. Warunki świadczenia, jakie dany wykonawca jest w stanie uzyskać w negocjacjach z kontrahentami mają kluczowe znaczenie dla ustalenia (a w tym przypadku obniżenia) kosztów realizacji inwestycji, co przekłada się ostatecznie na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny. Innymi słowy, oferty uzyskiwane od kontrahentów stanowią informację finansowo-handlową podlegającą szczególnej ochronie, a jej ujawnienie może spowodować obniżenie przewagi konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do firm konkurencyjnych i może zagrozić zdolności wykonawcy do konkurowania w innych projektach.

Standardem rynkowym i powszechną praktyką jest również zachowania poufności nie tylko co do oferowanych warunków handlowych, ale również co do samego faktu prowadzenia negocjacji czy ewentualnej współpracy. Jak wskazuje doświadczenie życiowe warunki oferowane przez kontrahentów są lub mogą być różne dla każdego z oferentów, a uzyskanie korzystnych warunków uzależnione jest często od umiejętności negocjacyjnych czy szeroko pojętych relacji pomiędzy podmiotami, których istotnym elementem w działalności profesjonalnej jest zaufanie i uczciwość kupiecka. Co za tym idzie, ujawnienie informacji handlowych przygotowanych na potrzeby konkretnego wykonawcy – w tym przypadku Odwołującego – chociażby potencjalnie może mieć negatywne konsekwencje nie tylko dla Odwołującego, ale również dla kontrahentów - ujawnienie takich informacji podmiotom konkurencyjnym może zatem negatywnie wpłynąć na reputację Odwołującego jako podmiotu profesjonalnego, a w konsekwencji może negatywnie rzutować na pozycję negocjacyjną Odwołującego lub możliwość współpracy z kontrahentami w odniesieniu do innych projektów.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż informacje ujawnione czy wypracowane w toku negocjacji podlegają ochronie wynikającej z przepisów Kodeksu Cywilnego, które przewidują ochronę informacji udostępnionych w toku negocjacji z zastrzeżeniem zachowania poufności (art. 72(1) KC). Powołany przepis nakłada na kontrahenta obowiązek nieujawniania i nieprzekazywania udostępnionych informacji innym osobom oraz niewykorzystywania tych informacji, chyba że strony uzgodniły inaczej. Zakres tego niezależnego obowiązku pokrywa się, co do zasady, z nakazami płynącymi z art. 11 ust. 1 UZNK, a dodatkowo przepis ten pozwala chronić także informacje, które nie są tajemnicami przedsiębiorstwa, lecz zostają udostępnione z zastrzeżeniem poufności.

Kończąc, Odwołujący wskazał, że w przypadku gdy inne podmioty, bo przecież ewentualne ujawnienie zastrzeżonych informacji sprawi, że będą one dostępne publicznie – powezmą wiedzę co dokładnie i za jaką kwotę ofertuje kontrahent Odwołującego, to będą mogły chociażby zwrócić się do partnerów biznesowych Odwołującego w celu uzyskania podobnych cen jak te, z których korzysta Odwołujący. W ten sposób mogłoby dojść do unicestwienia przewagi konkurencyjnej, którą Odwołujący zbudował na przestrzeni lat, a której dowodem jest właśnie różnica cen zaoferowanych przez Odwołującego i pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

W złożonym piśmie z dnia 3 lipca 2024 r. stanowiącym odpowiedź na odwołania, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołań w całości.

#### **W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:**

Zamawiający przytoczył liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej, czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę (wyrok KIO z 17.01.2022 r., KIO 3762/21, LEX nr 3327251). Zdaniem Zamawiającego, takie jednak rozumienie szkody wynika z przedłożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.

Możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia.

Zamawiający podkreślił, iż nie jest decydująca wyłącznie subiektywna wola przedsiębiorcy co do nadania danej informacji klauzuli poufności oraz uznanie jej za mającą walor tajemnicy i sprzeciwianie się przez niego udostępnianiu informacji. Za niewystarczające należy uznać zatem stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że zostanie poufna. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie pozwalająca skwantyfikować informacje i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym (samo zakwalifikowanie informacji do kategorii

informacji organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej).

Zamawiający zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 20.05.2024r. w części „UZASADNIENIE TAJEMNIC PRZEDSIĘBIORSTWA” Wykonawca zawarł obszerny wywód prawny dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedmiotowy wywód nie odnosił się w swojej treści do konkretnych przedłożonych w kalkulacji ceny oferty, informacji i dokumentów. Przedmiotowe pismo jest ogólnym, mającym charakter blankietowy, wywodem nie odnoszącym się do realiów sprawy oraz poszczególnych elementów składowych wyjaśnień, które w przekonaniu wykonawcy winny podlegać ochronie.

Zamawiający podniósł, że o skuteczności zastrzeżenia nie decyduje wyłącznie oświadczenie Wykonawcy co do woli dokonania zastrzeżenia, czy też stwierdzenie o spełnianiu w danym przypadku przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Wykonawca winien samodzielnie ocenić, czy w danych okolicznościach przesłanki te zostały spełnione. Ciężar wykazania skuteczności zastrzeżonych informacji spoczywa na wykonawcy, który takie informacje zastrzega.

W ocenie Zamawiającego, stwierdzenia Wykonawcy są ogólne i lakoniczne.

Nie jest zrozumiałe dla Zamawiającego również przywołanie w Odwołaniu 1 (pkt 2.44) i Odwołaniu 2 (pkt 2.48) decyzji UOKiK, która dotyczy zachowania przedsiębiorcy na etapie przed złożeniem oferty, który to dysponował informacją na temat szczegółów oferty innego wykonawcy. Oferty, którą inny przedsiębiorca dopiero zamierzał zaproponować w przetargu. W rezultacie doszło do podejrzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję przez ww podmioty. Podstawą do stwierdzenia porozumienia w niniejszej sprawie była jednostronna wymiana poufnych i strategicznych informacji w trakcie rozmów na temat ewentualnego udostępnienia potencjału w postępowaniu przetargowym, złożenie podobnej oferty oraz wycofanie się jednego z ww przedsiębiorców z przetargu.

Bez wpływu na ocenę poufności zastrzeżonych informacji jest wymienienie przez Wykonawcę (pkt 2.29 Odwołania 1) powszechnych rozwiązań tj. m.in.:

Zamawiający podniósł, że przykładowo w wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2022 r. (KIO 3737/21), a także w wyroku KIO z 2.12.2019 r. (KIO 2284/19) Izba nie uznała Certyfikatu ISO 9001:2015 za wystarczający środek mający na celu zachowanie informacji w poufności.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie przedłożył żadnego dokumentu wskazującego, iż objął ochroną informację, jakie zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż za uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionych przez Odwołującego dokumentów i informacji nie może być także uznane stwierdzenie, że Wykonawca stosuje fizyczne środki ochrony informacji (ochrona i dozór fizyczny), środki kontroli dostępu do pomieszczeń (zgodnie z nadanymi uprawnieniami), czy szeroko rozumiane technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci teleinformatyczne (antywirus, firewall, VPN, konieczność uzyskania uprawnień dostępowych, szyfrowanie plików). Powyższe środki bezpieczeństwa są podejmowane przez większość firm na świecie w odniesieniu do wszystkich dokumentów funkcjonujących w danej korporacji.

Wyjaśnienia Wykonawcy objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji są ogólnikowe i odwołują się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Oświadczenia Wykonawcy nie mogą być nawet traktowane w kategoriach uprawdopodobnienia, a co dopiero wykazania. Okoliczność, że informacje pozostają dostępne dla wąskiej grupy osób oraz że Wykonawca kontroluje ten krąg osób, nie znajduje potwierdzenia. Samo przekonanie Wykonawcy o wartości posiadanej przez niego informacji i dokumentów nie jest wystarczające. Za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania przez Wykonawcę danej informacji za organizacyjną, czy handlową wynika jej wartość gospodarcza. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji organizacyjnych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym.

W związku z tym za naganną należy uznać tendencję do nadużywania przez wykonawców możliwości zastrzegania przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co czyni z niej narzędzie służące raczej uniemożliwieniu weryfikacji prawidłowości postępowania przez konkurentów, niż rzeczywistej ochronie interesów wykonawcy.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają dla niego przedłożone informacje, Wykonawca ponadto w żadnej sposób nie wykazał, iż informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, oraz nie podjął żadnych konkretnych działań w celu utrzymania ich w poufności.

Kończąc, Zamawiający wskazał, iż samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji (KIO 3483/20 z dnia 28 stycznia 2021 r.).

Wykonawca MGGP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie (dalej: „MGGP”) w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24 oraz KIO 2122/24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SYSTRA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Paryżu BIURO PROJEKTOWO-KONSULTINGOWE BPK MOSTY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „SYSTRA”) w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24 oraz KIO 2122/24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia VOESSING POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bydgoszczy, Vössing Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorf (dalej: „VOESSING”) w postępowaniu o sygn. akt KIO 1976/24 oraz KIO 2122/24 zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez uczestnika VOESSING wraz z pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. i powtórzone wraz z pismem z 3 lipca 2024 r., tj. wyjaśnienia Konsorcjum Dohwa wraz z załącznikami kalkulacyjnymi *na fakt*: odtajnienia kalkulacji ceny Odwołującego.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez uczestnika VOESSING wraz z pismem z dnia 20 czerwca 2024 r. i powtórzone wraz z pismem z 3 lipca 2024 r., tj. wyroki KIO 2342/23, 2353/23 oraz KIO 3166/23; informacje z otwarcia oferty jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy,

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestników postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1976/24 oraz KIO 2122/24 wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MGGP SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Tarnowie; SYSTRA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Paryżu, BIURO PROJEKTOWO-KONSULTINGOWE BPK MOSTY SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą we Wrocławiu, VOESSING POLSKA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Bydgoszczy, Vössing Ingenieurgesellschaft mbH z siedzibą w Düsseldorf w postępowaniu. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawcy skutecznie zgłoszili swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych, stając się uczestnikami postępowania odwoławczego.

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny:***

Stan faktyczny pomiędzy Stronami i Uczestnikami postępowania nie był sporny. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn: „Prace na liniach kolejowych nr 91 i 92 na odcinku Rzeszów – Medyka (granica państwa) wraz z liniami przyległymi wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn: „Prace na linii kolejowej E30 Rzeszów – Medyka (granica państwa).

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2024 r. wezwał Odwołującego jak również Uczestników postępowania do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny.

Odwołujący pismem z dnia 20 maja 2024 r. udzielił wyjaśnień zastrzegając wyjaśnienia wraz z załącznikami jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, m.in.:

*Wykonawca wyjaśnia, iż dokumenty i informacje objęte niniejszym pismem, w odniesieniu do których zastrzeżono, iż stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, obejmują:*

- 1) wskazanie szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej - przewidywane nakłady oraz koszty jakie będzie ponosił Wykonawca, zysk, jaki Wykonawca zakłada uzyskać, oraz szczegółowe dane dotyczące sposobu wyceny realizacji zamówienia;***
- 2) przykładowe umowy o pracę obrazujące poziom wynagrodzeń oraz potencjał organizacyjny Wykonawcy;***
- 3) oferty podwykonawców, potencjalnych podwykonawców oraz kontrahentów obrazujących poziom uzyskiwanych cen oraz warunki handlowe.***

*Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, w tym organizację pracy, szacowane nakłady osobowe*

i kosztowe oraz pracowitość poszczególnych zadań, które pozwolił na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a ponadto pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowią podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Tym samym, informacje te w sposób niewątpliwy mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Kalkulacje cenowe zawierają również szczegółowe informacje na temat szacowanych kosztów, w tym wynagrodzeń, poparte dowodami w postaci przykładowych umów o pracę, które nie są jawne, a obrazują poziom wynagrodzeń oferowanych przez Wykonawcę na poszczególnych stanowiskach, a tym samym stanowią informacje o charakterze organizacyjnym Wykonawcy oraz obrazują strukturę kosztów ponoszonych przez Wykonawcę. Ujawnienie szacowanych kosztów, w tym wynagrodzeń prowadziłoby do poniesienia przez Wykonawcę szkody poprzez np. obniżenie konkurencyjności Wykonawcy (inne podmioty posiadają wiedzę nt. strategii budowania ceny) czy też próby przejęcia pracowników Wykonawcy.

Na potrzeby opracowania oferty w niniejszym Postępowaniu, a następnie stworzenia wyjaśnień dla Zamawiającego powołany został specjalny zespół u Wykonawcy składający się z doświadczonych w branży specjalistów z wieloletnim doświadczeniem przy realizacji zamówień zbliżonych do przedmiotu Postępowania. Co ważne, zespół ten bazując na posiadanej wiedzy i doświadczeniu dokonał gruntownej analizy dokumentacji Postępowania i na tej podstawie zebrał informacje, które zmateriałizowały się w postaci oferty oraz wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Wykonawca oczywiście nie jest w stanie jednoznacznie wycenić poniesionych przez niego kosztów przygotowania wskazanych powyżej osób (tj. w szczególności przeprowadzenia ich szkoleń i zdobytych przez nich doświadczeń) do realizacji tego zadania, ale szacuje je na łącznym poziomie **kilkudziesięciu tysięcy złotych**.

W efekcie, **przekazane Zamawiającemu informacje posiadają wartość gospodarczą**, ponieważ są one efektem **pracy wykwalifikowanych specjalistów**. Tak przygotowane dokumenty będą stanowiły dla Wykonawcy potencjalne źródło zysków (**możliwość ich wykorzystania zarówno na potrzeby Postępowania, jak i przy innych podobnych zamówieniach**), ale też pozwolą mu na wymierne oszczędności przy przygotowywaniu podobnych dokumentów w przyszłości. Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się w tym, że ich ujawnienie obniży konkurencyjność Wykonawcy, a w efekcie może negatywnie wpłynąć na pozyskiwanie zamówień w przyszłości.

Również w interesie Zamawiającego nie leży ujawnianie informacji, które mogłyby zostać wykorzystane przez podmioty konkurencyjne wobec Wykonawcy, ponieważ prowadziłoby to do zaburzenia konkurencji w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

(...)

Po drugie, **załączniki do wyjaśnień obejmują informacje pochodzące od kontrahentów Wykonawcy – w tym podwykonawców oraz potencjalnych podwykonawców i kontrahentów**. Załączone dokumenty obrazują poziom cen oferowanych przez partnerów i kontrahentów Wykonawcy i oferowane przez nich warunki handlowe, co przekłada się z kolei na strategię budowania ceny ofertowej.

Oferty podwykonawców oraz potencjalnych podwykonawców i kontrahentów obrazują również relacje handlowe z podmiotami trzecimi, które mają co do zasady charakter poufny. **Zarówno Wykonawca, jak i jego kontrahenci nie ujawniają danych dotyczących poziomu cen konkretnych produktów lub usług oraz zachowują w poufności politykę cenową stosowaną wobec Wykonawcy**. Zgodnie z oświadczeniami załączonymi do poszczególnych ofert podwykonawcy, potencjalni podwykonawcy i kontrahenci traktują zaoferowane Wykonawcy oferty i warunki handlowe jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

**W konsekwencji, ujawnienie takich informacji może narazić Wykonawcę na poniesienie szkody lub znacząco utrudnić konkurowanie z innymi wykonawcami**.

Bez wątpienia, w przypadku gdy konkurenci Wykonawcy uzyskaliby wiedzę na temat jego kontrahentów i oferowanych przez nich cen, to usiłowałiby uzyskać u tych podmiotów ceny analogiczne, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy. Informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych oraz ceny zaoferowane przez poszczególnych kontrahentów należy uznać za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ posiadają wymierną wartość gospodarczą.

Ujawnienie takich informacji wbrew woli Wykonawcy oraz jego kontrahentów może zatem wpłynąć również negatywnie na reputację Wykonawcy i jego relacje z partnerami i kontrahentami, a w konsekwencji również brak możliwości uzyskania korzystnych warunków współpracy w przyszłości, w a konsekwencji może wyrządzić Wykonawcy szkodę. Współpraca z tymi kontrahentami ma dla Wykonawcy charakter strategiczny, nie tylko dla niniejszego postępowania, ale także i dla długofalowej działalności jego przedsiębiorstwa.

(...)

### **3. Krąg osób posiadających dostęp do poufnych informacji**

Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały udostępnione do informacji publicznej i są znane wyłącznie określonej grupie osób, tj. zarządowi Wykonawcy oraz upoważnionym pracownikom lub współpracownikom odpowiedzialnym za przygotowanie oferty oraz wyjaśnień na potrzeby Postępowania.

Na marginesie, Wykonawca wyjaśnia, że tajemnica przedsiębiorstwa nie traci zaś swego „poufnego” charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, którym przedsiębiorca powierza informację (vide: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00).

#### **4. Działania podjęte w celu zachowania poufności informacji**

Ostatnim elementem wykazania prawidłowego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest wskazanie podjęcia przez wykonawcę niezbędnych działań celem zachowania tychże informacji w poufności. Wykonawca wyjaśnia, że przy zachowaniu należytej staranności, podjął w tym celu wszelkie odpowiednie działania.

Po pierwsze, Wykonawca wyraża stanowczą wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności, czego przejawem jest ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po drugie, dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca podjął szereg konkretnych działań o charakterze zarówno fizycznym, jak i prawnym. Podejmowane działania mające na celu zachowanie informacji w tajemnicy zarówno dotyczące fizycznego kontaktu z dokumentacją, jak i ujawnianiu zawartych w nich danych.

Wykonawca stosuje fizyczne środki ochrony informacji (ochrona i dozór fizyczny), środki kontroli dostępu do pomieszczeń (zgodnie z nadanymi uprawnieniami), czy szeroko rozumiane technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci teleinformatyczne (antyvirus, firewall, VPN, konieczność uzyskania uprawnień dostępowych, szyfrowanie plików). Powyższe środki bezpieczeństwa są podejmowane, aby zapewnić maksymalny zakres ochrony informacji przed ich dostępem osób nieuprawnionych (np. kradzież) czy nieuprawniony dostęp zewnętrzny do sieci teleinformatycznej.

W spółce Dohwa Polska (dawniej CE Project Group) stosuje się Politykę Jakości, zgodnie z którą obejmuje m.in.

10. Ochronę danych komputerowych przed utratą poprzez stosowanie profesjonalnych technik i systemów zabezpieczających sieć komputerową działającą w siedzibie Spółki przed dostępem osób niepowołanych i skutkami awarii.

11. Zapewnienie bezpieczeństwa informacji poprzez wdrożenie procedur zabezpieczających przed niepowołanym dostępem do informacji stanowiących tajemnicę Spółki oraz danych i informacji udostępnionych przez zamawiających.

Zarówno spółka Dohwa Polska (dawniej CE Project Group) jak i spółka Dohwa Engineering wdrożyły System Zarządzania Jakością uzyskała certyfikację zgodnie z normą ISO 9001:2015 [System Zarządzania Jakością]. Wymagania ISO normy 9001:2015 obejmują m.in.:

#### **7.5.3. Nadzór nad udokumentowanymi informacjami**

7.3.5.1. Udokumentowane informacje wymagane przez system zarządzania jakością i niniejszą Normę Międzynarodową powinny być nadzorowane, aby zapewnić:

- a) ich dostępność i przydatność do zastosowania, tam, gdzie są potrzebne i wtedy gdy są potrzebne;
- b) ich odpowiednią ochronę (np. przed utratą poufności, niewłaściwym użyciem lub utratą integralności).

7.5.3.2. W celu nadzoru nad udokumentowanymi informacjami organizacja powinna uwzględnić następujące działania, jeżeli ma to zastosowanie:

- a) dystrybucję, dostęp, wyszukiwanie i wykorzystywanie;
- b) przechowywanie i zabezpieczanie łącznie z zachowaniem czytelności;
- c) nadzorowanie zmian (np. kontrolę wersji);
- d) przechowywanie i likwidację.

Powyższe potwierdza, że spółki stosuje m.in. środki i zasady dotyczące ochrony informacji, obiegu dokumentów oraz ich zabezpieczenia gwarantujące zachowanie poufności informacji.

Certyfikat ISO 9001:2015 wydany dla CEPG, zgodnie z audytem przeprowadzonym przez audytora pozostaje ważny również wobec spółki Dohwa Polska.

Wykonawca stosuje również standardowo w umowach z kontrahentami i podwykonawcami klauzule poufności, a kontrahenci oraz potencjalni podwykonawcy traktują warunki handlowe zaoferowane Wykonawcy jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

(...)

Wraz z uzasadnieniem, Odwołujący przedłożył następujące dowody:

- 1) TP Załącznik nr 1 - DP [CEPG] Instrukcja bezpieczeństwa sieci - TAJEMNICA
- 2) TP Załącznik nr 2 – Polityka Jakości - JAWNY
- 3) TP Załącznik nr 3.1 – DP – Certyfikat ISO 9001:2015 – JAWNY
- 4) TP Załącznik nr 3.2 – DP – Wyciąg z raportu audytora ISO 9001:2015 – JAWNY
- 5) TP Załącznik nr 4.1 – DE – Certyfikat ISO 9001:2015 – JAWNY
- 6) TP Załącznik nr 4.2 – DE – Tłumaczenie Certyfikatu ISO 9001:2015 na język polski – JAWNY
- 7) TP Załącznik nr 5 - DP – przykładowa klauzula poufności – JAWNY
- 8) Oświadczenia o poufności zawarte w treści ofert lub załączone do ofert podwykonawców oraz potencjalnych

podwykonawców (załączniki do niejawnej wyjaśnień) – TAJEMNICA.

Zamawiający pismem z dnia 24 maja 2024 r. zawiadomił Odwołującego o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji w części wskazanej w treści pisma.

Zamawiający pismami z dnia 24 maja 2024 r. zawiadomił uczestników BBF, MGGP, SYSTRA o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji. Wskazani wykonawcy nie zaskarżyli czynności Zamawiającego.

Zamawiający pismem z 6 czerwca 2024 r. zawiadomił Odwołującego o anulowaniu czynności uchylenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienia informacji oraz uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji.

Treść ww. pism nie była sporna, wobec czego za zbędne należało uznać ich powtarzanie.

***Izba zważyła, co następuje:***

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

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

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

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą podlegać tylko informacje co do których wykazano, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia”. Co za tym idzie wykonawca winien udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych jest niewystarczające dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie odnosi się do prób utajnienia wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą. Powszechnie wiadomo, że żaden przedsiębiorca nie jest zainteresowany ujawnieniem informacji dotyczących prowadzonej działalności gospodarczej. Jednakże wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności. Co za tym idzie powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty składane w toku postępowania, będą jawne.

Należy również zwrócić uwagę, że przy obecnej sytuacji gospodarczej ceny ulegają zmianie. Co za tym idzie, nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie wskazania wysokości kosztów wchodzących w skład ceny i ogólnych informacji organizacyjnych możliwe było odtworzenie strategii biznesowej Odwołującego czy też trafnego przewidywania przyszłych cen. Przynajmniej Odwołujący powyższego nie zdołał wykazać.

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów realizacji konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżyć swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne.

Wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny inni wykonawcy zmieniają w całości swoją strategię biznesową aby obniżyć swoje ceny. Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach.

Izba podziela pogląd, że wskazanie poszczególnych kosztów osobowych, kosztów przygotowania oferty, kosztów polisy, należytego wykonania umowy, pozostałych kosztów własnych, które składają się na całkowitą cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

Za niewykazane i gołosłowne Izba uznała twierdzenia o możliwości „podkupienia” personelu Odwołującego.

Odwołujący nawet nie pokusił się o wyjaśnienia, jak ewentualne działania zmierzające do nieuprawnionego podkupienia przez konkurencyjnych wykonawców personelu mogą utrudniać czy też wpływać na realizację zamówienia, czy też funkcjonowanie Odwołującego na rynku. Abstrahując od powyższego, Odwołujący może zminimalizować wskazane ryzyko poprzez wypłatę odpowiedniego wynagrodzenia pracownikom czy też klauzule zakazu konkurencji powiązane z klauzulą kary umownej etc., przy czym zjawisko fluktuacji pracowniczej immanentnie towarzyszy prowadzeniu działalności gospodarczej.

Jeżeli chodzi o wynagrodzenie pracowników, Odwołujący nie wykazał, że są to stawki nadzwyczajne czy też nierynkowe. Wręcz przeciwnie, Odwołujący wprost wskazuje, że stawki te są rynkowe, przedkładając m.in. raporty płacowe – co za tym idzie pozostali wykonawcy posiadają wiedzę odnośnie stawek specjalistów.

Za niewystarczające Izba uznała wskazanie przez Odwołującego, że wartość gospodarczą upatruje m.in. w tym, że przekazane informacje są efektem pracy wykwalifikowanych specjalistów. Przy czym Odwołujący bardzo ogólnie wskazuje, że przygotowane dokumenty będą stanowiły dla wykonawcy potencjalne źródło zysków, ale też pozwolą mu na wymierne oszczędności – jakie? Tego już Odwołujący nie wskazał.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał również niezbędnych działań celem zachowania tychże informacji w poufności. Odwołujący wskazał na ogólne środki organizacyjne spółki, w tym środki ochrony, dozór fizyczny, środki kontroli dostępu, technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci teleinformatycznej. Przy czym, działania te chronią wszystkie informacje oraz dokumenty wytworzone i posiadane przez Odwołującego. Odwołujący nie wyodrębnił w jaki sposób chroni informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro Odwołujący, chroni tajemnicę przedsiębiorstwa tak jak pozostałe informacje, to nie sposób uznać, że Odwołujący wykazał niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

W toku postępowania odwoławczego VOESSING w piśmie z dnia 20 czerwca 2024 r. oraz 3 lipca 2024 r. wskazał, że kalkulacja ceny Odwołującego była wcześniej odtajniana, a co za tym idzie inni wykonawcy poznali metodykę kalkulacji ceny Odwołującego. Zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Co za tym idzie, wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, czyli uwzględnia również zdarzenia zaistniałe w trakcie postępowania już po wniesieniu odwołania. Izba winna zatem wziąć pod uwagę dowody oraz informacje zgromadzone w toku postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy, przedkładając powyższe na grunt niniejszej sprawy, zwrócić należy uwagę, że ujawnienie informacji ze swojej istoty ma charakter jednorazowy (uczynienie jej znaną innej osobie). Odwołujący, choć jego kalkulacja ceny była już odtajniona, nawet nie podjął próby wykazania, że faktycznie doszło u niego do zmiany organizacji pracy czy też zmiany metodologii liczenia kosztów, zmiany stawek, zmiany oświadczeń etc. Co za tym idzie, raz ujawnione informacje nie mają charakteru poufnego.

Mało tego, mimo wcześniejszego odtajnienia kalkulacji, Odwołujący nie podjął próby wykazania, że odtajnienie informacji zagroziło pozycji konkurencyjnej i utrudniło mu w jakikolwiek sposób ubieganie się o podobne zamówienia. W konsekwencji twierdzenia Odwołującego, iż *ujawnienie obniży konkurencyjność Wykonawcy, a w efekcie może negatywnie wpłynąć na pozyskiwanie zamówień w przyszłości* należało uznać za gołosłowne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i d rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....