

WYROK
z dnia 10 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu w dniu 9 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2023 r. przez wykonawcę JT S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia i udostępnienia wykonawcy JT S.A. z siedzibą w Warszawie złożonych przez ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.

2. kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz wykonawcy JT S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł (dwadzieścia tysięcy sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.; dalej: "Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa gazociągu wysokiego ciśnienia DN700 MOP 8,4 MPa relacji Racibórz – Oświęcim wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi oraz budowa Systemowej Stacji Redukcyjno –Pomiarowej SSRP Suszec wraz z odgałęzieniem DN300. Odcinek L1 SNO Stańkowice -ZZU Ochojec”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 047-139251.

W dniu 25 września 2023 r. wykonawca JT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez wykonawcę ZRUG sp. z o.o. (dalej: „ZRUG” lub „Przystępujący”) wyjaśnień rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.; dalej jako „uznk”) oraz w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez ZRUG wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w pełnym zakresie wraz ze wszystkimi załącznikami), które to wyjaśnienia Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ofert, odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu złożonych przez ZRUG wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w pełnym zakresie wraz ze wszystkimi załącznikami).

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Co oczywiste, treść uzasadnienia zastrzeżenia musi odnosić się do zastrzeganych informacji. Tymczasem na gruncie niniejszego postępowania ZRUG nie podołał obowiązkowi takiego wykazania, a tym samym należy stwierdzić nieskuteczność takiego zastrzeżenia. Podkreślił, że chociaż ZRUG chce utajnić 12 załączników to w uzasadnieniu odnosi się jedynie do 3 z nich (informacje dotyczące podwykonawcy, wykaz sprzętu oraz kalkulacja kosztów budowy). Przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do takich załączników jak schemat organizacyjny budowy, procedura zakupowa czy ocena podwykonawców. Oczywistym jest, że dokumenty, do których wykonawca nie odniósł się w żaden sposób nie powinny korzystać z przywileju zastrzeżenia jako tajemnicy

przedsiębiorstwa.

W opinii Odwołującego całość uzasadnienia składa się z ogólnych twierdzeń, nieskonkretyzowanych informacji, którymi wykonawca może posłużyć się przy okazji dokonywania zastrzeżenia w dowolnym postępowaniu. Odwołujący zauważył, że ZRUG wskazuje, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mają dla niego wartość gospodarczą. Jednocześnie tą wartość gospodarczą, którą w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy wykazać, ZRUG nazywa nie ulegającą wątpliwości. Takie „wykazywanie” warunków, które musi posiadać informacja by została uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zasługuje na uznanie.

Odnosząc się do treści uzasadnień w trzech zakresach określonych przez ZRUG (informacje dotyczące podwykonawców, wykaz sprzętu oraz kalkulacja kosztów budowy) Odwołujący wskazał na występujące tam sprzeczności dyskwalifikujące skuteczność zastrzeżenia. Analiza uzasadnienia zastrzeżenia prowadzi do wniosku, że ZRUG dokonał w tym postępowaniu bezrefleksyjnego wykorzystania posiadanego wzoru uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek odniesienia się do tego konkretnego postępowania i składanych w jego toku oświadczeń i informacji. W odniesieniu do podwykonawców ZRUG wskazuje, że ujawnienie podwykonawcy może zostać wykorzystane przez konkurentów Wykonawcy ze szkodą dla spółki, gdy tymczasem wykonawca ten planuje korzystać w ramach niniejszego znaczną ilość podwykonawców. W formularzu ofertowym w pkt. 3 Przystępujący sam ujawnia szczegółowe dane 6 podmiotów, na których zasobach będzie polegać, natomiast w pkt. 6 – dane kilkudziesięciu podwykonawców wraz z zakresem powierzanych im robót. Odwołujący zauważył także, że część podwykonawców pojawiających się w formularzu ofertowym pojawia się również na stronie internetowej ZRUG, na której wykonawca ten przedstawia realizowane kontrakty w tym te w ramach konsorcjum, z podmiotami, z którymi współpracuje: (screen ze strony). Odwołujący wskazał także, że Przystępujący używa w uzasadnieniu ogólnych stwierdzeń, że ujawnienie podwykonawcy, może zostać wykorzystane przez konkurentów Wykonawcy ze szkodą dla spółki, jednocześnie samemu ujawniając dane kilkudziesięciu podmiotów, z którymi współpracuje nie wyrażając takich obaw. Jawne są również przedłożone wraz z formularzem ofertowym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów.

Odwołujący wskazał także, że Przystępujący w krótkim akapicie uzasadniającym zastrzeżenie informacji dotyczących podwykonawców odniósł się jedynie do danych tych 7 podwykonawców, ani słowem nie uzasadniając faktu zastrzeżenia m.in. załączonych ofert podwykonawczych. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, sprzeczności te świadczą o tym, że zastrzeżenie dokonane przez ZRUG jest pozorne.

Kolejno Odwołujący wskazał, że podobne sprzeczności dotyczą również załącznika wykaz sprzętu, w sytuacji gdy Przystępujący ZRUG złożył jawny załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz urządzeń technicznych, w którym zostało wymienione kilkanaście posiadanych lub używanych sprzętów, które pozwalają osiągnąć przez konkurencję wiedzę na temat posiadanego potencjału sprzętowego, w tym wiedzy o stosowanych technologiach pracy. Jawny jest również wypełniony przez ZRUG załącznik nr 9 do SWZ, w którym należało zawrzeć wykaz wyposażenia zakładu. Ponadto Odwołujący zauważył, że w niniejszym postępowaniu stopień uszczegółowienia opisu przedmiotu zamówienia nie pozwala wykonawcom na zbyt szeroki wybór stosowanego sprzętu czy technologii. Nie jest też tak, że ZRUG korzysta ze sprzętu niedostępnego czy nieznanego dla innych wykonawców – ten w obrębie robót gazociągowych jest względnie ograniczony.

Odnosząc się do odnieść kalkulacji kosztów budowy Odwołujący wyjaśnił, że Przystępujący używając kilku ogólnikowych zdań wskazuje, że załącznik ten posiada wartość gospodarczą, ponieważ dotyczy szczegółowych elementów składających się na zaoferowaną cenę, w tym kosztów związanych z użyciem podwykonawców. Jednocześnie w pkt. 4 formularza ofertowego dokonał rozbicia oferowanej ceny na kilkanaście szczegółowych pozycji, a tym samym uznać należy, że ZRUG sam ujawnił szczegółowe elementy składające się na jego ofertę. Odwołujący wskazał, że ZRUG podnosił w uzasadnieniu, że ujawnienie kalkulacji pozwoli innym wykonawcom odkryć koszty ZRUG związane z użyciem podwykonawców. Tymczasem w jednym dokumencie (formularzu ofertowym) ZRUG sam ujawnia szczegółowe rozbicie ceny ofertowej na poszczególne prace, a następnie zakres prac powierzanych poszczególnym podwykonawcom. W powyższym fragmencie formularza ofertowego ZRUG została wskazana cena za wykonanie przekroczeń bezwykopowych. Jednocześnie ZRUG wskazuje, że ten zakres prac (przekroczenia bezwykopowe) zostanie wykonany przez podwykonawców wymienionych pkt. 6 ppkt. 7 formularza ofertowego: W tym stanie rzeczy argument używany przez ZRUG, że odtajnienie kalkulacji kosztów pozwoli ujawnić elementy składające się na jego końcową ofertę oraz koszty tych elementów przypisane do poszczególnych podwykonawców, jest zdaniem Odwołującego pozorny. Odwołujący wskazał także, że ZRUG nie wykazał jak ujawnienie kalkulacji stworzonej specjalnie na potrzeby postępowania miałoby wpłynąć na umniejszenie pozycji konkurencyjnej w innych postępowaniach czy na ujawnienie jego całej polityki cenowej.

Zdaniem Odwołującego z powyższego więc widać, że treść uzasadnienia zastrzeżenia złożonego przez ZRUG

pełne jest sprzeczności ze stanem rzeczywistym, co dyskwalifikuje to zastrzeżenie. Ponadto w żaden sposób nie wykazało wartości gospodarczej tych informacji jak również nie wykazano, że informacje nigdy nie zostały ujawnione. Wręcz przeciwnie, jak wykazano dużą część tych informacji ujawnił sam ZRUG.

Odnosząc się do przesłanki dotyczącej podejmowania działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeganych informacji należy podkreślić, że oprócz umów o zachowaniu poufności (które również zostały bez żadnego słowa uzasadnienia uznane przez Zamawiającego za tajemnicę przedsiębiorstwa i nieodtajnione) ZRUG nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie podejmowania takich działań. Tymczasem „wykazanie” tej przesłanki przez ZRUG ogranicza się do raptem trzech akapitów głośłownych twierdzeń. ZRUG nie podjął nawet próby wskazania jakie procedury wdrożył oraz jakie to stałe działania podejmuje. Takie nieskonkretyzowane informacje w świetle tego, że zasadą jest jawność postępowania, a utajnianie jakichkolwiek informacji – odstępstwem wymagającym wykazania szczególnych okoliczności, nie zasługuje na żadne uwzględnienie.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że ZRUG nie podolałbieżarowi wykazania przesłanek umożliwiających utajnienie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienie, składające się w dużej mierze z ogólników i nieskonkretyzowanych informacji oraz fragmentów kilkunastoletniego orzecznictwa, w żadnym stopniu nie obejmuje części utajnianych załączników. W pozostałym zakresie jest pełne sprzeczności między treścią uzasadnienia a rzeczywistością i postępowaniem ZRUG (m.in. chęć utajnienia danych podwykonawców i jednocześnie ujawnienie ich w formularzu ofertowym). Co więcej informacje w uzasadnieniu nie zostały poparte praktycznie żadnymi dowodami (jedynie utajniona umowa o poufności).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał stanowisko w zakresie braku podstaw do uznania zastrzeżenia przez ZRUG tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny za nieskuteczne.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu ZRUG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania wskazać należy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Z powyższego wynika w sposób wyraźny, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest tylko i wyłącznie zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin

ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem. Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji zawartych w piśmie z dnia 8 sierpnia 2023r. ZRUG zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) informacje 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,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk postanowił, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie.

W ocenie Izby, analiza decyzji Zamawiającego odnośnie zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego pozwala na przyjęcia, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zasadność zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez ZRUG w dniu 8 sierpnia 2023 r. oraz w dniu 8 września 2023 r.

Izba oceniając treść uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa stwierdziła, że Przystępujący w sposób całkowicie nieuprawniony dokonał zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wraz z dwunastoma, obszernymi załącznikami stanowiącymi kilkaset stron jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Co prawda Przystępujący wskazywał, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach i załącznikach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z uznk, jednak istotne jest, że możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga wskazania przez wykonawcę precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 uznk wyraźnie wskazuje, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Posługiwanie się zaś przez Przystępującego twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc od niego wykazania w stosunku do tych informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości gospodarczej takich informacji. Podkreślić więc należy, że powyższe „wykazanie” powinno dotyczyć wszystkich złożonych dokumentów skoro w opinii ZRUG stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Jednocześnie Izba wskazuje, że jeżeli celem Przystępującego było zastrzeżenie wyjaśnień jako autorskiego zestawienia informacji służących wycenie przedmiotu zamówienia, to okoliczność taką winien on wykazać. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 uznk. W konsekwencji stwierdzić należy, że obowiązkiem Przystępującego było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej całości zestawienia informacji pod nazwą „C/CO/GS/1626/2023 – wyjaśnienia ceny oferty” oraz „C/CO/GS/1768/2023 – wyjaśnienia ceny oferty II – tajemnica przedsiębiorstwa”, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień. Takich okoliczności, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał.

Odnosząc się do opisu wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, Przystępujący wskazał, że: *„Informacje zawarte w zastrzeżonej części wyjaśnień wypełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Zawierają one przedstawienie sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia. Informacje te mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej Wykonawcy, gdyż ujawniają konkretne elementy mające korzystny wpływ na cenę oferowanego rozwiązania. Ich ujawnienie wiąże się zatem z możliwością poniesienia przez Wykonawcę szkody i grozi naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”*.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje, po pierwsze, że wyliczenie kosztów przyjętych przez wykonawcę jest wyliczany w oparciu o konkretne warunki danego zamówienia i wymagania określone przez Zamawiającego. Po drugie, każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne jemu zasoby materiałów, sprzętu czy pracowników, przy czym nie jest informacją poufną, że również każdy z wykonawców dąży do obniżenia ceny, aby ostatecznie uzyskać zamówienie. To naturalna aspekt działalności gospodarczej. Trudno zatem uznać za racjonalne, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Po trzecie, Izba wskazuje, że ceny zaproponowane przez Przystępującego są wyłącznie jego projekcjami i przewidywaniami. Nie mają charakteru pewnego i obiektywnego, tym bardziej uwzględniając obecną, zmieniającą się sytuację rynkową. Trudno zatem przypisać im obiektywną wartość gospodarczą, a ZRUG tej okoliczności nie wykazał. Należy również wskazać, co słusznie zauważył Odwołujący, że w pkt. 4 formularza ofertowego ZRUG dokonał rozbicia oferowanej ceny na kilkanaście szczegółowych pozycji, co również podważa zasadność uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro sam Przystępujący ujawnia sposób kalkulowania ceny poprzez ujawnieniu szczegółowych elementów składających się na jego ofertę.

Odnosząc się kolejno do argumentów Przystępującego, że *„ujawnienie zastrzeżonych informacji narusza interes Wykonawcy związany z jego pozycją na rynku konkurencyjnym, wpływając na możliwość realnego i uczciwego konkurowania z innymi wykonawcami w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. Nie budzi wątpliwości, iż wiedza, co do okoliczności właściwych konkurentom ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny.*

Poza tym, *know-how wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi*”, to Izba wskazuje, że kalkulacja ceny ofertowej odbywa się zawsze na potrzeby konkretnego postępowania, z uwzględnieniem wymogów określonych w konkretnym OPZ. Przystępujący nie wykazał, zdaniem Izby, iż w treści wyjaśnień zawarta jest jakaś unikalna, uniwersalna metodyka wyceny kosztów realizacji zamówienia, która ujawniona jego konkurentom mogłaby być wykorzystana przez nich w innych postępowaniach. Czynniki generujące koszty realizacji zamówienia wynikają z uwarunkowań wskazanych w OPZ w konkretnym postępowaniu. Analiza zaś treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wskazuje, że ryzyka i założenia na jakie Przystępujący powołuje się w treści wyjaśnień, które rzekomo, w przypadku ich ujawnienia *„ma istotny wpływ na uzyskanie kolejnych zamówień, ze względu na możliwość zaoferowania konkurencyjnej ceny”* są znane przedsiębiorcom prowadzącym działalność obszarze objętym przedmiotem zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący po raz kolejny nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych założeń wyceny narazi go na utratę pozycji rynkowej, bowiem nie przedstawił on żadnej analizy pomiędzy założeniami wykonawcy a rzekomym ryzykiem straty pozycji rynkowej czy szkód finansowych. Co więcej, Przystępujący nie wykazał, iż założenia czy ryzyka mają obiektywną wartość gospodarczą i jako takie mogą być wykorzystane przez wykonawców konkurencyjnych.

Izba nie odnalazła żadnych „innowacyjnych” ryzyk, których ujawnianie narażałoby Przystępującego na utratę pozycji rynkowej czy określoną, identyfikowalną stratę ekonomiczną. Zresztą Przystępujący w żaden sposób nie wykazał związku pomiędzy odtajaniem wyjaśnień, a możliwością utraty pozycji rynkowej.

W opinii Izby nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej lakoniczne twierdzenia Przystępującego, że *„know-how wykonawcy wpływając korzystnie na możliwość obniżenia ceny lub sprawną i należyłą realizację zamówienia, zwiększa jego przewagę konkurencyjną nad pozostałymi uczestnikami rynku, tak długo, jak jest dostępne tylko temu podmiotowi”*. Twierdzeń i argumentów w tym zakresie Przystępujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał, że sposób kalkulacji należy uznać za jego „know-how” posiadającą wartość gospodarczą.

Odnosząc się kolejno do zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji dotyczących podwykonawców (w tym oferty podwykonawców i dostawców) wskazać należy, że Izba uznała Przystępujący nie dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie w sposób skuteczny. Podał on bowiem jako uzasadnienie zasadności objęcia tych informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, że: *„W przypadku danych i dokumentów dotyczących podwykonawcy, wskazać należy, że informacje zastrzeżone w powyższym zakresie mają charakter organizacyjny przedsiębiorstwa Wykonawcy. Zastrzeżone dokumenty wskazują z jakimi podmiotami trzecimi Wykonawca będzie współpracował przy wykonywaniu zamówienia. Są to dane mające również charakter organizacyjny i nie były ujawniane w żaden sposób.*

Tym samym stwierdzić trzeba, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach, poza tym, że mają charakter informacji organizacyjnych (pokazują organizacyjne zaplecze Wykonawcy), to posiadają również wartość gospodarczą”. Z powyższego wynika więc, że jedyną istotną przyczyną objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, która ma dla wykonawcy wartość gospodarczą, było utajnienie danych podmiotów trzecich z którymi będzie współpracował przy realizacji zamówienia. Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że sam Przystępujący w formularzu oferty przedstawił szczegółowe rozbicie ceny ofertowej na poszczególne prace, a następnie zakres prac

powierzanych poszczególnym podwykonawcom. W Formularzu tym zostało wymienionych kilkudziesięciu podwykonawców, z którymi ZRUG będzie współpracował przy realizacji zamówienia. Skoro więc Przystępujący sam ujawnił w formularzu oferty dane podwykonawców oraz podmiotów trzecich, to informacje te są jawne i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie wykazał natomiast w żadnym miejscu uzasadnienia, że podwykonawcy, których dane chciał utajnić to inne podmioty niż wymienione w formularzu oferty. Ponadto podkreślić należy, że Przystępujący w żadnym miejscu uzasadnienia nie odnosił się do chęci ujawnienia ofert podwykonawców, a jedynie do ujawnienia z kim będzie współpracował, chociaż informacje te sam ujawnił. Abstrahując już od powyższego, wskazać także należy, że informacje o podmiotach z którymi Przystępujący współpracuje zamieszczane są na jego stronie internetowej, a ponadto z przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie wynika również, że jego kontrahenci, których przykładowa lista została załączona do wyjaśnień, chronią poufność informacji, w tym okoliczność współpracy z Przystępującym. Przystępujący w ogóle do powyższej kwestii w uzasadnieniu się nie odniósł. Powyższe powoduje więc, że oprócz braku wykazania wartości gospodarczej dotyczącej podwykonawców, nie została spełniona przesłanka braku wcześniejszego ujawniania informacji określona w art. 11 ust. 2 uznk.

Odnosząc się kolejno do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu sprzętu przewidzianego do realizacji zamówienia wskazać należy, że Przystępujący jako uzasadnienie dla zastrzeżenia ww. dokumentu wskazał, że: *„dane dotyczące posiadanego, czy też używanego przez Wykonawcę sprzętu stanowią tajemnicę handlową i nie podlegają publicznej wiadomości. Wiąże się to bowiem również z wiedzą o stosowanej przez Wykonawcę technologii pracy. Poprzez informację o powyższym konkurencja każdego z Wykonawców uzyskałaby szczegółową wiedzę na temat zakresu posiadanego przez tych Wykonawców potencjału sprzętowego, w tym wiedzy o stosowanych technologiach pracy. Gdyby informacje te zostały ujawnione, konkurenci na rynku usług świadczonych przez Wykonawcę, w tym i pozostali Oferenci, mogliby podejmować próby przejęcia określonej technologii pracy, uzyskując jednocześnie wiedzę o możliwościach i potencjale Wykonawcy, lub odpowiednio o ich braku. Powyższe wpłynęłoby na pozycję Wykonawcy na rynku, znacznie ją osłabiając.”.*

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz urządzeń technicznych, w którym zostało wymienione kilkanaście posiadanych lub używanych sprzętów. Załącznik ten jest jawny. Również jawny jest załącznik nr 9 do SWZ, w którym wykonawca zawarł wykaz wyposażenia zakładu.

Uwzględniając treść ww. załączników oraz treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała, że ZRUG nie zdołał wykazać wartości gospodarczej wykazu sprzętu. Izba nie odnalazła w głośnym i lakonicznym stanowisku ZRUG jakichkolwiek rozwiązań innowacyjnych wykorzystywanych przy realizacji zamówienia. Izba stwierdziła, że Zamawiający w postępowaniu dokonał opisu sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, który wpływa na dobór stosowanego sprzętu czy technologii. ZRUG nie wykazał natomiast, że będzie on korzystał z urządzeń innowacyjnych, czy nieznanymi innym wykonawcom, lub np. urządzeń skonstruowanych na potrzeby niniejszego zamówienia, które mogłyby wpłynąć na możliwość poczynienia oszczędności i obiektywnie stanowić wartość gospodarczą dla jego przedsiębiorstwa. Taka informacja nie znalazła się w uzasadnieniu. Co istotne sam Przystępujący składając jawne załączniki nr 8 i 9 do SWZ zawierające wykaz sprzętu używanego do realizacji zamówienia ujawnił informacje o posiadanym potencjale technicznym. Ponadto na stronie internetowej, której wydruk został złożony przez Odwołującego jako dowód zawarte są informacje odnośnie posiadanego przez ZRUG sprzętu. Powyższe więc powoduje, że w odniesieniu do wykazu sprzętu nie została też wypełniona przesłanka braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, skoro sam wykonawca dzieli się informacjami odnośnie posiadanego parku maszyn.

Również Izba uznała, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może zostać uznana kalkulacja kosztów budowy. Jako uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. załącznika Przystępujący wskazał: *„Informacje zastrzeżone w tym zakresie przez Wykonawcę mają przede wszystkim charakter organizacyjny przedsiębiorstwa, techniczny oraz posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą szczegółowych elementów składających się na zaoferowaną cenę, w tym kosztów związanych z użyciem podwykonawców, jak i innych kosztów. Bezsprzecznie informacje te stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa, w tym też szczegółowe wyjaśnienie pozycji wyceny, na którą składa się wiele czynników związanych z długoletnim funkcjonowaniem Wykonawcy na rynku.”.*

Pozyskanie wiedzy przez osoby nieuprawnione na temat elementów składowych ceny, prowadzić będzie do powzięcia wiedzy o technologiach stosowanych i rozwiązaniach technicznych, które będą wykorzystywane przez Wykonawcę, co bezpośrednio będzie rzutować na możliwość przewidywania pewnych elementów projektu oraz jego elementów cenotwórczych.”.

Odnosząc się do powyższego na wstępie wskazać należy, że sam Przystępujący w pkt. 4 formularza ofertowego dokonał rozbicia oferowanej ceny na kilkanaście szczegółowych pozycji czym ujawnił szczegółowe elementy składające się na jego ofertę, a także również dokonał szczegółowego rozbicia ceny ofertowej na poszczególne prace, a następnie zakres prac powierzanych poszczególnym podwykonawcom. Dlatego też Izba uznała, że nie sposób uznać, że

kalkulacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa skoro sam ZRUG ujawnił sposób kalkulacji, przypisał określony zakres prac podwykonawcom i dokonał tego wraz z rozbiciem ceny. Skoro więc elementy te są jawne to nie sposób uznać, że została spełniona przesłanka braku ujawnienia informacji.

Końcowo przechodząc do oceny kolejnej przesłanki dotyczącej braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że jak wyżej wskazano część z informacji, których zastrzeżenia domagał się Przystępujący jako tajemnica przedsiębiorstwa jest jawna na skutek działań podjętych przez samego wykonawcę. W związku z powyższym Izba uznała, że ZRUG nie wykazał spełnienia warunków określonych w art. 11 ust. 2 uznk. Zauważyć ponownie należy, że Przystępujący zastrzegł wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że jak wyżej wskazano część tych informacji jest publicznie dostępna. Przystępujący wywodził, że informacje te ochronie podlegają ze względu na ich szczególne zestawienie. Jednak zauważyć należy, że ZRUG dokonując zastrzeżenia nie wskazał w jakikolwiek sposób jaka część utajnionych i zastrzeżonych informacji jest publicznie dostępna. Natomiast zdaniem Izby, nieuprawnione jest jego twierdzenie, że określony, bliżej niezidentyfikowany zakres informacji z wyjaśnień podlega ochronie tylko dlatego, że rzekomo jest w szczególnym zestawianiu z innymi informacjami z tego względu podlega ochronie. Sam fakt zamieszczenia jawnych informacji w dokumencie zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa nie czyni takich informacji poufnymi. Takie stanowisko prowadziłoby do absurdalnych wniosków. Uzasadnione byłoby zastrzeżenie każdej informacji, niezależnie czy jawnej czy poufnej tylko przez sam fakt zamieszczenia jej w wyjaśnieniach. To zdaniem Izby jest niedopuszczalne. Zdaniem Izby wykonawca powinien określić i zidentyfikować, które informacje w wyjaśnieniach są poufne, a które tajne. Mając taką wiedzę można dopiero określić, czy objęcie zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa informacji jawnych jest zasadne ze względu na ich szczególne znaczenie w procesie kalkulacji ceny. Przystępujący jednak powyższego nie uczynił, a swoje stanowisko ograniczył tylko do ogólnych twierdzeń i przywołania orzecznictwa, bez odniesienia, poza ww. trzema załącznikami, do pozostałych wyszczególnionych konkretnych informacji zawartych w wyjaśnieniach. Podkreślić należy, że obowiązkiem Przystępującego było należyte wykazanie, że wyjaśnienia stanowią indywidualne zestawienie informacji jawnych i poufnych, są autorskim rozwiązaniem wykonawcy stosowanym przy wycenie zamówień publicznych, które może być wykorzystywane w innych postępowaniach przez konkurencję, a tym samym powodować jakieś określone straty ekonomiczne po jego stronie. Takich jednak okoliczności wykonawca nie wykazał, wskazując ogólnie przepisy uznk. Ponadto wskazać należy, że o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Przystępujący w żadnym miejscu nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, powołując się jedynie na ogólne stwierdzenia, że pozostali wykonawcy mogliby uzyskać bliżej nieokreśloną korzyść gospodarczą. Co istotne w obiektywną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji musi wykazać wykonawca powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa względem określonych informacji. Nie sposób uznać za wykazanie spełnienia omawianej przesłanki poprzez przywoływanie subiektywnej oceny informacji dokonanej przez danego wykonawcę. Zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający obiektywną wartość gospodarczą. Tymczasem Przystępujący, poza określaniem wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji mianem „istotnej” i akcentowaniem zasadności swojego stanowiska twierdzeniami o wartości organizacyjnej i handlowej zastrzeżonych informacji, w rzeczywistości obiektywnej wartości gospodarczej nie zdołał wykazać.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepisy 18 ust. 1 i 3 Pzp, przez zaniechanie ujawnienia całości wyjaśnień ZRUG w zakresie rażąco niskiej ceny.

Izba uznała, że powyższe naruszenie ma wpływ na wynik postępowania, dlatego działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 orzekła o uwzględnieniu odwołania w całości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: