

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 stycznia 2025 roku przez ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79 c w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tauron Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, Ul. Podgórska 25A

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 460 zł 00 gr (czteryście sześćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 244/25

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawa zestawów złączowych, złączowo – pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A w zakresie zadania 1, 2, 3 ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem OJ S 195/2024 z 7 października 2024.

14 stycznia 2025 r. zamawiający nie udostępnił odwołującemu kompletu wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

23 stycznia 2025 roku przez ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79 c wniósł odwołanie. Odwołanie wniósł wiceprezes zarządu wraz z prokurentem. Odwołanie zostało opłacone, a do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

W odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Incobex Sp. z o.o. oraz ZUP Emitter Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum) odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 – 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „znku”) oraz w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia kalkulacji oraz załączników złożonych wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

Odtajnienia i udostępnienia wszystkich dokumentów (załączników do wyjaśnień) złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia 13 stycznia 2025 r. zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu, jest na drugim miejscu w zestawieniu ofert.

W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, zamawiający odtajni i udostępni załączniki złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, co pozwoli odwołującemu na wyprowadzenie i uargumentowanie zarzutów odnośnie do rażąco niskiej ceny, jeżeli zamawiający uzna złożone wyjaśnienia za wystarczające i dokona wyboru oferty Konsorcjum.

Gdyby odwołujący nie wniósł odwołania, upłyne mu termin na zakwestionowanie zastrzeżenia dokumentów, co przekładać się będzie na brak możliwości sprostania ciężarowi dowodowemu w przypadku wniesienia odwołania na nie obalenie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny przez Konsorcjum.

Tym samym odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanych czynności i zaniechań zamawiającego naruszających przepisy ustawy może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji zamówienia.

Pomiędzy działaniem i zaniechaniem zamawiającego a potencjalną szkodą odwołującego występuje oczywisty i

adekwatny związek przyczynowy.

Odwołujący wyjaśnił w jaki sposób obliczył termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający 23 grudnia 2024 r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia zaoferowanej ceny na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy.

W odpowiedzi w określonym terminie tj. 13 stycznia 2024 r. Konsorcjum złożyło jawne ogólne wyjaśnienia wraz z utajnionymi załącznikami: kalkulacją (tabela nr 1) oraz dołączonymi do niej ofertami handlowymi na komponenty tj. tworzywo SMC, rozłączniki i podstawy bezpiecznikowe, ograniczniki mocy i płaskownik miedziany.

W jawnej treści wyjaśnień wymieniono dodatkowo dokładnie która pozycja kalkulacji poparta jest ofertą jakiego producenta, wymieniając go z nazwy:

W II części pisma Konsorcjum uzasadniło objęcie kalkulacji oraz załączników do niej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zarzut odwołującego dotyczy zaniechania odtajnienia kalkulacji oraz załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego zamawiający wadliwie ocenił skuteczność zastrzeżenia tajemnicy złożonych dokumentów.

Ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy) skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Konieczność jednoczesnego zastrzeżenia i wykazania przesłanek tajemnicy podkreśla się również w orzecznictwie KIO. Dla przykładu podał wyrok z dnia 29.03.2021 r. (KIO 720/21).

Tymczasem uzasadnienie Konsorcjum jest lakoniczne, ogólne i nie spełnia przesłanek niezbędnych dla wykazania zasadności zastrzeżenia informacji.

Wykonawca przytoczył przepisy prawa, wyroki Sądu Najwyższego w których zdefiniowano tajemnicę przedsiębiorstwa, postanowienie Sądu Antymonopolowego z 1996 r., ale poza tym żadnych konkretnych argumentów, a co najważniejsze – nawet nie podjął próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji.

W uzasadnieniu Konsorcjum znajduje się w zasadzie jedno zdanie, które można zakwalifikować jako odniesienie się do sytuacji wykonawcy w kontekście zastrzeganych informacji: „Dane dotyczące wysokości poszczególnych elementów kosztorysu ofertowego wykonawcy, wynagrodzeń, kosztów aparatów, wytworzenia tworzywa itp. są informacjami jakie konkurencja może wykorzystać przy kolejnych postępowaniach jak również próbach organizacji własnych działalności w oparciu o nasze schematy tak, aby próbować skuteczniej konkurować z naszymi przedsiębiorstwami”.

Wynika z tego, że Konsorcjum postrzega potrzebę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tym, że inni wykonawcy mogliby go naśladować w innych postępowaniach lub antycypować warunki przyszłych jego ofert i na tej bazie utraciłby on swą przewagę konkurencyjną.

W ocenie odwołującego twierdzenia te są nietrafne. Utajnione załączniki dotyczą, jak zresztą całe wyjaśnienia, tego konkretnego postępowania, o indywidualnie określonym zakresie i przedmiocie, okresie trwania i uwarunkowaniach prawnych (w tym np. karach umownych, podziale ryzyk).

Nie wiadomo też w jaki sposób informacje o wynagrodzeniach, które (co wynika z ogólnej części wyjaśnień) kalkulowano w oparciu o wynagrodzenie zgodne z aktualnym rozporządzeniem w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. konkurencja miałaby wykorzystać w przyszłych postępowaniach.

Podobnie koszty aparatów, które nie są przedmiotem zamówienia. Gdyby nawet kalkulacja zawierała dane dotyczące amortyzacji, kosztów zakupu czy też koszt wytworzenia materiału, to nie uzasadniono w żaden sposób, dlaczego te informacje zasługują na ochronę i nie mogą być udostępniane innym wykonawcom, którzy przecież mogą zweryfikować realność zaoferowanych cen.

Z dużą dozą prawdopodobieństwa, graniczącego wręcz z pewnością odwołujący mniema, iż w załącznikach nie ma rozpisanego szczegółowo sposobu produkcji materiałów, użycia wyjątkowych komponentów, które to, jak twierdzi Konsorcjum mogłaby konkurencja wdrożyć przy organizowaniu własnej działalności.

Co do innych informacji zastrzeżonych w załącznikach zwrócić należy uwagę, że Konsorcjum jest niekonsekwentne. Utajnia załączniki do wyjaśnień wymieniając jednocześnie nazwy firm od których nabywa tworzywo SMC, rozłączniki listwowe, skrzynkowe, podstawy bezpiecznikowe, ograniczniki mocy, płaskownik miedziany.

Wszyscy dostawcy materiałów to najczęściej hurtownicy, ewentualnie producenci materiałów, którzy sprzedają materiał wszystkim zainteresowanym (co jest oczywiste, bo to jest ich źródłem dochodu) i każdemu wysyłają cenniki produktów.

Nie wiadomo zatem z jakiego powodu te ceny są tak wielką tajemnicą, Konsorcjum tego nie wyjaśniło, wszystkich kontrahentów traktując tak samo, choć sposób ich działalności i informowanie o cenach jest różny.

Brak wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy

Konsorcjum nie podołało obowiązkowi wykazania, że zaszyły wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk warunkujące zastrzeżenie tajemnicy, a tym samym należy stwierdzić nieskuteczność takiego zastrzeżenia.

Niczym niezwykłym jest, że wykonawca może powołać się na osłabienie jego pozycji na rynku wskutek odtajnienia informacji, jednakże, jeżeli twierdzenia te pozostają w sferze domysłów i zdarzeń hipotetycznych, nie potwierdzonych żadnymi przykładami nie zasługują na walor tajemnicy.

Brak wykazania wartości gospodarczej

Konsorcjum nawet nie podjęło próby wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji.

W uzasadnieniu nie ma odniesienia się do indywidualnej sytuacji w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie wykazano, jaką konkretną i sprecyzowaną wartość gospodarczą posiadają zastrzegane informacje.

Brak wykazania zachowania informacji w poufności

Konsorcjum w kwestii wykazania środków celem zachowania informacji w poufności wskazało, że u członka Konsorcjum wprowadzona jest instrukcja ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i podpisywane są umowy o zachowaniu poufności (NDA) oraz kontrahenci składając oferty wymagają zachowania ich w poufności. Zaś w spółce Lidera informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach znane są wyłącznie osobom wskazanym konkretnie przez zarząd spółki, zaangażowanym udział w postępowaniu. Dane przechowywane są w wyznaczonym miejscu, gdzie dostęp mają tylko poszczególne osoby. Nośniki danych są chronione i oznakowane a także chronione hasłem.

Twierdzenia Konsorcjum są wewnętrznie sprzeczne. Część ogólna wyjaśnień nie została zastrzeżona jako tajemnica, tymczasem zdaniem Konsorcjum informacje znane są wyłącznie osobom wskazanym konkretnie przez zarząd spółki.

Konsorcjum powołuje się na umowy o zachowaniu poufności z kontrahentami, tymczasem brak jest jakichkolwiek na to dowodów. Opisane środki zabezpieczenia są zaś standardem dla każdego przedsiębiorcy, bez względu na to czy utajnia czy nie jakieś informacje.

Zastrzeżenie informacji a nie całego dokumentu

Sąd Okręgowy w wyroku z 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21 stwierdził, że obowiązek wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bliski jest pojęciu udowodnienia tego faktu. Ponadto sąd wskazał, że dopuszczalne jest zastrzeganie jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko konkretnych informacji, które posiadają takie walory, a nie całych dokumentów. Każda z informacji, która ma zostać zastrzeżona powinna być wyszczególniona, opisana i to do niej powinny być przyporządkowane argumenty uzasadniające objęcie tej konkretnej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Oznacza to, że nie jest uzasadnione zastrzeganie dokumentu kalkulacja czy załączniki jako całości. Nawet jeżeli są tam informacje dotyczące procesu produkcji – to wyłącznie one mogłyby być (po odpowiednim wykazaniu, czego w tym przypadku nie ma) zastrzeżone jako tajemnica.

Tajemnica przedsiębiorstwa i kwestia odpowiedniego wykazania jest w orzecznictwie Izby ugruntowana. Przykładowo powołał wyrok pod sygnaturą 902/21

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji przez Konsorcjum miało ogólny charakter, nie konkretyzowało informacji na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie wykazano również wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W konsekwencji zarzut zaniechania udostępnienia dokumentów jest uzasadniony.

23 stycznia 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

27 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie „INCOBEX” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej, ul. Grażyńskiego 71 i ZUP EMITER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Limanowej, ul. Skrudlak zgłosili swój udział w postępowaniu po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 27 stycznia 2025 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu lidera Konsorcjum. Do zgłoszenia dołączono pełnomocnictwo dla lidera oraz dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, gdyż składając 13 stycznia 2025 r. wyjaśnienia w sprawie oferowanej ceny, wskazał i uzasadnił ograniczenie możliwości ujawnienia w niniejszym postępowaniu załączników do ww. pisma, z uwagi na to, iż dokumenty te stanowią dla przystępującego tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk). W konsekwencji przystępujący jest zainteresowany przeciwdziałaniem upublicznieniu ww. informacji, które mogą zostać wykorzystane przez konkurencję przy kolejnych postępowaniach, jak również w stałej działalności podmiotów konkurencyjnych, co może istotnie osłabić dotychczas wypracowaną przez członków konsorcjum pozycję na rynku oraz konkurencyjne ceny oferowanych produktów i usług.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego i podnosi, że wykazał spełnienie wszystkich przesłanek warunkujących zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załączników przedłożonych 13 stycznia 2025 r. wraz z wyjaśnieniami dotyczącymi oferowanej ceny.

12 lutego 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w zakresie kosztów

pełnomocnika, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez pełnomocnika zamawiającego na rozprawie.

W ocenie zamawiającego zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do ich treści zamawiający podnosi co następuje.

Przystępujący wykazał, że spełnił wszelkie kryteria do uznania przedmiotowych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, odnosząc się do dokumentów dołączonych do pisma z 13 stycznia 2025 roku, które wyjaśniały kwestie cenowe jego oferty.

Odwołujący bezpodstawnie twierdzi, że wyjaśnienia przystępującego są zbyt ogólne. W rzeczywistości, w piśmie z 13 stycznia 2025 roku, przystępujący przedstawił liczne argumenty dowodzące, że zastrzeżone dane mają znaczną wartość ekonomiczną, są chronione, a ich ujawnienie mogłoby przynieść szkodę. Już na początku dokumentu opisano innowacje wpływające na koszty, a następnie szczegółowo wyjaśniono, jakie oferty dostawców były bazą do ostatecznego wycenienia produktów. Kluczowe jak wskazał przystępujący są w tym wypadku nie tyle konkretni kontrahenci, co relacje z nimi, pozwalające na uzyskanie lepszych warunków handlowych, co odwołujący błędnie interpretuje jako jednorazowe działanie.

Odwołujący sam przyznał, że przystępujący wyjaśnił, dlaczego zastrzeżone informacje mają wartość jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując na ryzyko ich wykorzystania przez konkurencję w przyszłych przetargach czy naśladowanie strategii biznesowych, co mogłoby osłabić pozycję przystępującego na rynku.

Argumenty te wystarczająco dowodzą wartości ekonomicznej załączników z 13 stycznia 2025, co potwierdza wyrok KIO 2076/23 z 31 lipca 2023 r.

Odwołujący oczekuje nieokreślonych dowodów na to, że ujawnienie informacji mogłoby szkodzić przystępującemu, co błędnie określa on jako spekulacje. W rzeczywistości, ujawnienie szczegółów umów z dostawcami stanowi realne zagrożenie dla przystępującego, co mogłoby wpłynąć na jego zdolność do oferowania konkurencyjnych cen.

Wartość ekonomiczna tych informacji wynika z ich potencjalnego wykorzystania przez konkurencję, co mogłoby osłabić pozycję konsorcjum na rynku. Przystępujący dołączył dokumenty potwierdzające ochronę tych danych, co przeczy tezie odwołującego o braku jednoznaczności w uzasadnieniu.

Ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego mogłoby dać przewagę konkurentom, prowadząc do znacznych strat, czyniąc tę tajemnicę kluczową dla dalszej jego działalności konsorcjum.

Fakt, że kalkulacja ceny, szczegóły kontraktów przystępującego z dostawcami, wynegocjowane z nimi ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa następujące orzecznictwo KIO:

-wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2022 r. KIO 1237/22,

-wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r., KIO 991/22,

-wyrok KIO 649/23

-wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2023 r. KIO 448/23

-wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r. KIO 245/22

-wyrok KIO z dnia 6 marca 2023 r. KIO 448/23

-wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2021 r. KIO 3513/21

- wyrok z dnia 14 listopada 2023 r. KIO 3248/23.

- wyrok KIO z dnia 21 marca 2023 r. KIO 649/23.

- wyrok z dnia 9 maja 2022 r. KIO 1006/22

-wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2021 r. KIO 902/21.

Następnie zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Jeżeli zatem całość dokumentów zawiera kluczowe dane dotyczące strategii cenowej, technologii czy metod prowadzenia działalności, które są niepubliczne i mają istotną wartość ekonomiczną, ich ujawnienie mogłoby pozbawić przedsiębiorstwo przewagi konkurencyjnej.

Ujawnienie całości dokumentów mogłoby umożliwić konkurencji poznanie szczegółów ofert, technologii czy strategii biznesowych, co naruszałoby zasady uczciwej konkurencji. W kontekście przetargów publicznych, gdzie informacje te mogą być wykorzystane w przyszłych postępowaniach, ochrona całości dokumentów jest kluczowa.

Art. 18 ust. 3 PZP pozwala na ujawnienie informacji nie tylko w części, ale i w całości, o ile spełnione są przesłanki dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ujawnienie całości dokumentów chroni nie tylko interesy przedsiębiorcy, ale także interes publiczny, zapewniając, że

zamówienia publiczne są realizowane w sposób efektywny i uczciwy, bez narażania na straty budżetu publicznego przez niesprawiedliwą konkurencję.

Tym samym, jeśli całość dokumentów składa się z informacji, które spełniają kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa, utajnienie ich w całości jest nie tylko zasadne, ale i konieczne dla ochrony interesów gospodarczych zarówno przedsiębiorstwa, jak i uczciwości przetargów publicznych. Jak natomiast wynika z przytoczonego powyżej orzecznictwa KIO sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowią wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości. W związku z tym należało przyjąć, że Przystępujący prawidłowo utajnił całość kalkulacji oraz załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zamawiający wskazał, że do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest złożenie konkretnych wyjaśnień o zindywidualizowanym charakterze, wykazujących zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Wykonawcy powinni również wykazać, że w celu zachowania poufności danych informacji podjęli szereg działań, mających na celu zapewnienie odpowiedniej ochrony tym informacjom.

Wyjaśnienia zawarte w treści pisma Przystępującego z dnia 13 stycznia 2025 r., jak i charakter informacji tam zawartych wykazują ich wartość gospodarczą.

Jednocześnie do treści tego pisma dołączono wzory dokumentów zabezpieczających informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przed dostępem osób nieupoważnionych. Dokumenty te potwierdzają m.in., że treści zastrzeżonych informacji znana jest tylko osobom do tego upoważnionym - nie jest więc podawana do ogólnie dostępnej wiadomości całych organizacji członków konsorcjum. Tym samym dokumenty te wraz wyjaśnieniami przystępującego w w/w piśmie dowodzą spełnienia przesłanki, że zastrzeżone 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, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności”.

W związku z tym przystępujący wykazał spełnienie przesłanek do uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stan faktyczny:

Postanowienia SWZ:

4.2.2.20 SWZ:

Oferta oraz wszystkie dokumenty, oświadczenia i zaświadczenia złożone w trakcie Postępowania są jawne i podlegają udostępnieniu zgodnie z art. 74 PZP, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli Wykonawca uzna, że przedstawiona w ofercie informacja zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien zastrzec w odniesieniu do tej informacji, że nie może ona być ogólnie udostępniana oraz wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacja ta powinna zostać umieszczona w oddzielnym pliku, Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za ujawnienie informacji, co do której Wykonawca nie podjął działań, o których mowa w tym punkcie, a także informacji w odniesieniu do której obowiązek ujawnienia wynika z przepisów prawa, wyroków sądowych lub decyzji organów administracji niezależnie od podjęcia przez Wykonawcę działań, o których mowa w tym punkcie.

Wyjaśnienia przystępującego z 13 stycznia 2024 r. w przedmiocie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Przystępujący poinformował, że cena złożona w ofercie wykonawcy w zakresie realizacji zadania nr 1, 2 i 3 zamówienia, uwzględnia wszystkie zaplanowane przez wykonawcę koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania tego zamówienia - zgodnie z dokumentami postępowania, specyfikacją i umową oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca oświadczył, że gwarantuje należyte wykonanie w zaproponowanych cenach wszystkich zadań, dla których złożył ofertę.

Bazując na wieloletnim już doświadczeniu obu spółek wchodzących w skład konsorcjum w realizacji postępowań przetargowych organizowanych przez Zakłady Energetyczne, w tym przede wszystkim przez TAURON Dystrybucja S.A., wypracowano mechanizmy i procedury, które w znacznej mierze przyspieszyły realizację dużych kontraktów, w których dostarczany asortyment jest w sporym zakresie powtarzalny, jak to ma miejsce np. w złączach kablowych i kablowo-pomiarowych produkowanych dla TAURON, gdzie wyposażenie zwłaszcza części pomiarowej złącz jest w niemal 100% identyczne dla każdego typu złącza.

W okresie ostatnich miesięcy członkowie konsorcjum poczynili stosowne inwestycje, które dodatkowo pozytywnie wpłynęły na czynnik kosztowy produkowanych złącz, tj. np. zakup maszyn do obróbki płyt izolacyjnych (INCOBEX Sp. z o.o.) czy uruchomienie linii do produkcji rozłączników i podstaw bezpiecznikowych (ZUP Emitec Sp. z o.o.). Dodatkowo obie firmy dysponują innowacyjnymi automatycznymi liniami do lakierowania obudów, które udało się w 2024 roku w pełni uruchomić, element ten pozwolił obniżyć koszt lakierowania który jest istotnym składnikiem wytworzenia. Nowa linia pozwala na bardziej efektywną produkcję, obniżenie kosztów pracy poprzez zaangażowanie zdecydowanie mniejszych zasobów ludzkich w procesie lakierowania, a także poprawę jakości naszych produktów. Dzięki tym inwestycjom możemy teraz oferować klientom bardziej atrakcyjne ceny bez utraty jakości produktów. Ma to znaczenie szczególnie w kontekście faktu iż członkowie konsorcjum są producentami obudów a partner EMITEC jest również wytwórcą tworzywa SMC, co pozwala na uniknięcie kosztów kolejnych pośredników i dostawców łańcucha rynkowego. Obudowy są zaś ważnym elementem cenotwórczym. Pracownicy członków konsorcjum mają dodatkowo wieloletnie doświadczenie w wykonawstwie obudów i złączy tego typu, zatem czas wykonania jest krótki, a co za tym idzie ilość roboczogodzin jest znacznie obniżona, co pozwala na oszczędność kosztów. Podkreślił, że brak angażowania podwykonawców wobec silnej współpracy konsorcjantów oraz przekazywania sobie informacji w ramach wykonania umowy w sposób elektroniczny i zdalny pozwala też na ograniczenie kosztów realizacji.

Duże znaczenie dla zaproponowanego poziomu cen wskazanych w ofercie ma też oczywiście sytuacja rynkowa, odmienna od lat poprzednich. Nastąpiła bowiem stabilizacja, a wręcz spadkowy trend cenowy w asortymencie elektrotechnicznym, a kryzys w branży motoryzacyjnej skutkował obniżeniem cen tworzyw, a zwłaszcza tworzywa SMC, z którego produkowane są obudowy złącz. Zaznaczył, że - bazując zapewne na tej sytuacji i trendzie - wszyscy oferenci, którzy złożyli swoje propozycje cenowe w postępowaniu, także w mniejszym lub większym stopniu odbiegają ich wartością od założonego przez zamawiającego budżetu. Podkreślił przy tym, w kontekście rażąco niskiej ceny wymaga okoliczność, że przedmiotem odniesienia zgodnie z art. 224 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019r Prawo zamówień publicznych pozostaje przedmiot zamówienia, a nie szacowana jego wartość, która powinna być traktowana jako kryterium pomocnicze.

Wszystkie te powyżej wymienione czynniki spowodowały, że przystępujący mógł przedłożyć atrakcyjną cenowo dla zamawiającego ofertę w zakresie realizacji zadań 1, 2 i 3. Zaproponowana cena nie tylko w całości pokrywa koszty wykonania zamówienia w zakresie zadań 1, 2 i 3, ale jednocześnie zapewnia wykonawcy wypracowanie zysku.

Dla udokumentowania zasadności i prawdziwości zaoferowanej ceny oraz celem dowiedzenia, że cena ta nie stanowi ceny rażąco niskiej, wykonawca przedstawił kalkulację, która dowodzi, iż wykona on zadania nr 1, 2 i 3 należycie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz oczekiwaniami zamawiającego, dochowując wymagań i standardów Tauron. Załącznikami do tej kalkulacji są pozyskane w celu realizacji postępowania oferty handlowe na poszczególne komponenty, mające zasadniczy wpływ na zaoferowane ceny końcowe, tj. tworzywo SMC, rozłączniki i podstawy bezpiecznikowe, ograniczniki mocy i płaskownik miedziany. Kalkulację zaprezentował w Tabeli nr 1, będącej załącznikiem do pisma.

Wyraził nadzieję, że przedstawiona kalkulacja cen jest wystarczająca, jako zawierająca zasadnicze, mierzalne czynniki kosztotwórcze przyjęte przy zaproponowanej wycenie. Koszty pracy skalkulowano w oparciu o wynagrodzenie zgodne z aktualnym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2025 r. W razie wątpliwości był gotów udzielić dalszych wyjaśnień.

Skalkulowana cena nie jest nierealistyczna czy niewiarygodna, a tylko i wyłącznie taka może być uznawana – przy braku definicji ustawowej – za cenę rażąco niską, a więc dającą się łatwo stwierdzić w sposób niewątpliwy i bezsporny, jako zaoferowaną w szczególności poniżej kosztów wytworzenia dostawy czy usługi. Realizacja zamówienia nie będzie się odbywała poniżej kosztów wykonawcy, nastąpi na warunkach rynkowych, możliwych do spełnienia oraz adekwatnych do zakresu i kosztów prac, wykonanych z należytą starannością. Nie zachodzi zatem, podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty. Powołał się na orzecznictwo KIO (zob. aktualny wyr. KIO z 1.7.2013 r., Sygn. akt KIO 1428/13, wyrok z 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 814/11. Zdaniem wykonawcy, uwzględniać należy przy tym indywidualną sytuację wykonawcy, który dysponując swoim doświadczeniem, dostawcami, skalkulował ofertę z ceną potwierdzającą realność wykonania zadania nr 1, 2 i 3 w sposób możliwie atrakcyjny ekonomicznie dla niego oraz zamawiającego.

Przedłożył oferty dostawców potwierdzające koszty zakupów materiałów i surowców mających zasadniczy wpływ na ceny końcowe objęte kalkulacją, tj.:

- Oferta na tworzywo SMC – dostawca Polynt
- Oferta na rozłączniki listwowe, skrzynkowe oraz podstawy bezpiecznikowe – dostawca Gorlan Polska
- Oferta na ograniczniki mocy – dostawca ETI Polam
- Oferta na płaskownik miedziany – dostawca Metall-Expres

Dodatkowo podkreślił, że spadkowy trend, o którym pisał wyżej, widoczny jest w postępowaniach przetargowych

ogłaszanych pod koniec 2024 roku. Zaprezentował ceny osiągnięte na aukcji elektronicznej zorganizowanej przez PGE Dystrybucja S.A. nr POST/DYS/OSK/LZA/02485/2024:

Przykładowe ceny w postępowaniu Tauron vs PGE rozwiązania o zbliżonym wyposażeniu i funkcjonalności

ZK3a-X Cena Tauron 1872,00 PLN Cena PGE ZK-3/RBL 400A KK 1 869,00 PLN,

ZK4a-X Cena Tauron 2385,00 PLN Cena PGE ZK-4/RBL 400A KK 2 417,00 PLN

ZK6a-X Cena Tauron 3409,00 PLN Cena PGE ZK-6/RBL 6x400A/KK 3 475,00

ZK2a-2P-X Cena Tauron 2789,00 PLN Cena PGE ZK-2 RBL+2P/KK 2 873,00

ZK3a-1P-X Cena Tauron 2561,00 PLN Cena PGE ZK-3 RBL +1P/KK 2 466 PLN

ZK3a-2P-X Cena Tauron 3265,00 PLN Cena PGE ZK-3 RBL+2P/KK 3 128,00

ZK2b-1P Cena Tauron 1821,00 PLN Cena PGE ZK-2 RBL+1P/KK 1 882,00

Przystępujący podkreślił, że za dotychczasowe realizacje umów na dostawę zestawów złączowych, złączowo-pomiarowych i pomiarowych w sieci dystrybucyjnej nN na potrzeby TAURON Dystrybucja S.A. wykonawca otrzymywał zawsze pozytywne referencje podkreślające profesjonalizm, terminowość i zgodność dostarczanego asortymentu z wymaganiami zamawiającego. Zapewnił, że i tym razem wykonawca wykona zamówienie w wysokim standardzie, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, w zaoferowanej cenie pokrywającej koszty oraz generującej zysk po stronie wykonawcy – czego dowodzi przedstawiona przez niego kalkulacja oraz dowody ją popierające.

Wykonawca oświadczył, że nie korzysta w odniesieniu do tego postępowania z pomocy publicznej.

II Tajemnica przedsiębiorstwa

Oświadczył, że informacje zawarte w tej odpowiedzi w szczególności kalkulacja składników ceny oraz dokumenty stanowiące załączniki do niniejszego pisma są informacjami poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej członków konsorcjum co stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.) (dalej u.z.n.k.). W związku z powyższym wykonawca na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy zastrzega, że ww. informacje nie mogą zostać udostępniane publicznie przez Zamawiającego w toku postępowania oraz po jego zakończeniu i wnosi o ich utajnienie oraz nie ujawnianie przez Zamawiającego.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) określono, że informacja (wiadomość) nieujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.

Dane dotyczące wysokości poszczególnych elementów kosztorysu ofertowego wykonawcy, wynagrodzeń, kosztów aparatów, wytworzenia tworzywa itp. są informacjami jakie konkurencja może wykorzystać przy kolejnych postępowaniach jak również próbach organizacji własnych działalności w oparciu o schematy wykonawcy tak, aby próbować skuteczniej konkurować z naszymi przedsiębiorstwami. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96). Przedstawione przez nas informacje organizacyjne i kosztorysowe stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu definicji z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Jak uznała KIO w wyroku z 20 czerwca 2011 r. (KIO 1243/11) rodzaj chronionych informacji może mieć różny charakter: techniczny, technologiczny oraz organizacyjny np. struktura, przepływ dokumentów, sposoby kalkulacji cen lub zabezpieczanie danych. Tajemnica nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak pracownicy przedsiębiorstwa a tylko takie osoby znają szczegóły dotyczące dostawców, cen i wynagrodzeń.

Wykonawca podjął działania celem ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W Spółce partnera konsorcjum ZUP Emiter Sp. z o.o. wprowadzona jest instrukcja ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa (wyciąg w załączeniu), podpisuje z kontrahentami umowy o zachowaniu poufności (NDA) a dodatkowo kontrahenci (dostawcy) wymagają przedkładając oferty zachowania ich w poufności.

W Spółce Lidera Konsorcjum INCOBEX Sp. z o.o. informacje zawarte w niniejszym piśmie, oraz w załącznikach do niego, znane są wyłącznie osobom wskazanym konkretnie przez zarząd spółki, zaangażowanym w przygotowanie udziału spółki i konsorcjum w Postępowaniu. Osoby mające dostęp do tych informacji są zobowiązane do zachowania poufności. Dane przechowywane są w wyznaczonym przez spółkę miejscu, gdzie dostęp mają tylko poszczególne

osoby zatrudnione w spółce. Nośniki danych, na których znajdują się dane chronione, w tym informacje zawarte w niniejszym piśmie oraz załącznikach są wyraźnie oznakowane, że zawierają informacje poufne i chronione przed dostępem osób nieupoważnionych. W szczególności, jeżeli chodzi o elektroniczne nośniki danych dostęp do informacji chroniony jest hasłem powierzonym konkretnym tylko wyznaczonym osobom.

Dodatkowo w umowie konsorcjum członkowie konsorcjum zobowiązali się do zachowania w tajemnicy postanowień Umowy konsorcjum, a także wszelkich innych informacji, które uzyskały od drugiej Strony w toku współpracy w ramach Umowy konsorcjum niezależnie od tego, czy informacje te zostały przekazane z zastrzeżeniem ich poufnego charakteru (§ 10- wyciąg w załączeniu). Wyjątkiem są relacje z zamawiającym w ramach postępowania.

Lista załączników:

- 1.Oferta na tworzywo SMC – dostawca Polynt
- 2.Oferta na rozłączniki listwowe, skrzynkowe oraz podstawy bezpiecznikowe – dostawca Gorlan Polska
- 3.Oferta na ograniczniki mocy – dostawca ETI Polam
- 4.Oferta na płaskownik miedziany – dostawca Metall-Expres
- 5.Wzór upoważnienia „Upoważnienie do dostępu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa” - INCOBEX
- 6.Wyciąg z „Instrukcji ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” – ZUP EMITER
- 7.Tabela nr 1

Dowody:

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozważania KIO:

KIO postanowiła nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, dzieląc argumentację odwołującego, co do tego, że zgodnie z art. 106 KC stosowanym odpowiednio z uwagi na art. 8 ustawy - możliwe jest udzielenie pełnomocnictwa dalszego wyłącznie, gdy wynika to z treści pełnomocnictwa z ustawy lub ze stosunku prawnego, będącego podstawą pełnomocnictwa. Niewątpliwie z treści pełnomocnictwa lidera nie wynika umocowanie do dalszych pełnomocnictw. Fakt, że zakres pełnomocnictwa jest rozszerzony, nie oznacza, że obejmuje również prawo do ustanawiania dalszych pełnomocnictw. To nie rodzaj, czy zakres przedmiotowy pełnomocnictwa decydują o prawie do dalszych pełnomocnictw, ale wola mocodawcy. Ustawa w art. 58 nie przewiduje dla pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie automatycznego uprawnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw, zaś strony nie wykazały, że ze stosunku prawnego, np. umowy konsorcjum, wynika uprawnienie pełnomocnika (lidera konsorcjum) do udzielania dalszych pełnomocnictw. Do przystąpienia nie mają zastosowania przepisy ustawy (art. 518 ustawy) pozwalające na uzupełnienie braków formalnych odwołania, w związku z tym, nie ma możliwości uznania, że zgłoszone przystąpienie zostało wniesione przez wykonawcę lub osobę działającą skutecznie w jego imieniu. W konsekwencji przystąpienia zgłoszonego przez osobę nie będącą wykonawcą, ani nie mogącą wykazać skutecznego ciągu pełnomocnictw do działania imieniu wykonawcy nie można uznać za skuteczne w rozumieniu art. 525 ustawy. KIO oparła się także na orzeczeniach Sądu Najwyższego: postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 15 września 2020 r., II CSK 98/20 i

wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 maja 2016 r., III CSK 256/15

KIO nie dopatrzyła się okoliczności, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy i uznała, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie KIO zamawiający prawidłowo ocenił uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. To co powinien ocenić zamawiający, to to czy wskazano jakie informacje zostały zastrzeżone i czy są to informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym, czy można uznać, że zastrzegane informacje posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, oraz czy są to informacje, które zostały zachowane w poufności. Nadto z art. 18 ust. 3 ustawy wynika, że wykonawca powinien wraz z przekazaniem tych informacji zastrzec, że nie mogą być one udostępnione, ta okoliczność również podlegała ocenie zamawiającego.

Przede wszystkim należy podkreślić, że w orzecznictwie TSUE wskazuje się, że możliwość zachowania określonych informacji w poufności jest to element ochrony konkurencyjności. Nie jest tak jak próbował to przedstawić odwołujący, że na gruncie zamówień publicznych funkcjonuje zasada jawności, a możliwość jej wyłączenia w odniesieniu do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi wyjątek od tej zasady. Przeciwnie prawo do ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest równorzędną zasadą z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia opiera się bowiem nie tylko na transparentności, ale także na wzajemnym zaufaniu wykonawców i zamawiających. To zaufanie może zostać zachwiane w sytuacji, gdy wykonawca będzie obawiał się, że dane istotne dla funkcjonowania jego przedsiębiorstwa zostaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przekazane innym wykonawcom, z którymi konkuruje na rynku i to wbrew jednoznaczному zastrzeżeniu tego wykonawcy. W szczególności należy zwrócić uwagę na stanowisko TSUE w

wyrażone w wyrokach: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, pkt 34-36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 115. Bezsporne jest pomiędzy stronami, że wykonawca wybrany jednoznacznie określił, jakie informacje zastrzega przy przekazaniu wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Były to kalkulacja oraz załączone oferty. Przy czym wykonawca wbrew stanowisku odwołującego nie objął w całości dokumentów w postaci ofert zastrzeżeniem, przeciwnie ujawnił firmy dostawcze i rodzaje materiałów od tych dostawców nabywanych, to co ochronił to nabywane ilości, szczegółowe doprecyzowanie materiałów, a przede wszystkim zaoferowane mu ceny. Konsekwencją takiego zastrzeżenia w ocenie KIO musiało być zastrzeżenie kalkulacji, skoro oparta była ona o wartości cenowe z tych ofert wynikające. Nadto słusznie zwrócił uwagę zamawiający, że uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie można odczytywać w oderwaniu od dokumentów, których dotyczą. Nie chodzi tu o poszukiwanie dodatkowej argumentacji dla prawidłowości uzasadnienia, ale o to aby ustalić, co jest faktycznie informacją chronioną. Słusznie zatem zamawiający wskazywał, że w jawnych wyjaśnieniach dotyczących ceny wykonawca wybrany wskazał na cechy wyróżniające go na rynku, poczynione inwestycje: zakup maszyn do obróbki płyt izolacyjnych (INCOBEX Sp. z o.o.) czy uruchomienie linii do produkcji rozłączników i podstaw bezpiecznikowych (ZUP Emiter Sp. z o.o.). Dysponowanie innowacyjnymi automatycznymi liniami do lakierowania obudów. Fakt, że członkowie konsorcjum są producentami obudów a partner EMITER jest również wytwórcą tworzywa SMC. Korzystanie z pracowników z wieloletnim doświadczeniem w wykonawstwie obudów i złączy tego typu, co przekłada się obniżoną ilość roboczogodzin. Te elementy miały wpływ na sposób sporządzenia kalkulacji i słusznie zamawiający wziął je pod uwagę, czy ocenie, czy wycena lub założona pracochłonność mogą ujawniać konkurencji wysokość wpływu na kształtowanie ceny ofertowej lub oszczędność na kosztach. Trudno uznać, że wykonawca wybrany miał obowiązek osobno i dodatkowo powtarzać te informacje w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy, skoro zrobił to już w tym samym dokumencie, tylko w innym jego fragmencie. Nie jest prawdą, że wykonawca wybrany nie powołał się na te okoliczności w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. KIO zauważa, że w tym uzasadnieniu we fragmencie odczytanym przez odwołującego na rozprawie jest mowa o danych dotyczących wysokości poszczególnych elementów kosztorysu ofertowego wykonawcy, wynagrodzeń, kosztów aparatów, wytworzenia tworzywa. Czyli wprost jest mowa o procesie produkcji, czy koszcie nabycia nowych urządzeń. Również wysokość wynagrodzeń czy przyjęte założenia pracochłonności mają związek z informacjami podanymi w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny, bo jak wskazywał wykonawca wybrany fakt bycia producentem SMC, zautomatyzowanie linii produkcyjnej, zakup nowych urządzeń i doświadczenie załogi, to właśnie czynniki wpływające na dobór kadry, przyjęcie zmniejszonej obsady pracowniczej, czy obniżonej pracochłonności. Oznacza to, że ponownie zamawiający prawidłowo ocenił, że informacje dotyczące tak wyliczenia kosztów dostawy, kosztów produkcji jak i kosztów pracowniczych, których ujawnienia domaga się odwołujący zawierają informacje, które zastrzegł wykonawca wybrany i te informacje pozwalają mu budować przewagę konkurencyjną. Słusznie też wskazywał zamawiający, że w przypadku dostawców, to nie ich nazwy i przedmiot dostaw mają kluczowe znaczenie dla budowania przewagi konkurencyjnej, ale to po jakich cenach wykonawcy wybranemu udało się mu je pozyskać. Odwołujący choć twierdził, że korzysta z tych samych dostawców nie pokusił się o przedstawienie dowodu, że ci dostawcy prowadzą politykę składania jednakowych ofert cenowych dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. To oznacza, że nie obalił twierdzeń wykonawcy wybranego, że „Załącznikami do niniejszej kalkulacji są pozyskane w celu realizacji Postępowania oferty handlowe na poszczególne komponenty, mające zasadniczy wpływ na zaoferowane ceny końcowe, tj. tworzywo SMC, rozłączniki i podstawy bezpiecznikowe, ograniczniki mocy i płaskownik miedziany.”, ani nie wykazał, że oferty te mają wyłącznie charakter zindywidualizowany pod konkretne postępowanie.

Wykonawca wybrany określił, że zastrzegane przez niego dane mają charakter organizacyjny i kosztorysowy. Wskazał, że są informacjami jakie konkurencja może wykorzystać przy kolejnych postępowaniach jak również próbach organizacji własnych działalności w oparciu o jego schematy tak, aby próbować skuteczniej konkurować z jego przedsiębiorstwami, co w ocenie KIO wpisuje się w wykazanie wartości gospodarczej informacji. Wykazanie wartości gospodarczej przewagi konkurencyjnej w mierzalnych wartościach liczbowych jest trudne do uchwycenia. Trudność ta polega na tym, że wykonawca posiadając określoną przewagę zwiększa swoją szansę na pozyskanie rynków zbytu dla oferowanych towarów czy usług, jednak w ramach poszczególnych kontraktów te oszczędności lub zyski mogą być różne w zależności od tego, z jak szeroką konkurencją będzie miał do czynienia. Należy dostrzec, że co do konieczności wykazywania i rozumienia pojęcia wykazanie wypowiedział się Sąd Zamówień Publicznych w wyroku sygn. akt XXIII Zs 19/23, a także KIO uwzględnia bieżące orzecznictwo KIO zapadłe w podobnych sprawach – wyrok z 27 stycznia 2025 r. sygn. akt 4878/24 KIO 4914/24, których poglądy w zakresie rozumienia ochrony informacji, jako równorzędnej z jawnością zasady, a także wyjaśnienia rozumienia pojęcia „wykazanie” uznaje za słuszne i przyjmuje za własne.

Odnosnie do zachowania poufności informacji, to w ocenie KIO zamawiający słusznie ocenił, że zachowanie tej poufności zostało wykazane. Wykonawca wybrany załączył wyciągi z procedury, umowy konsorcjalnej, wskazał na czym polega ochrona informacji u wykonawców działających wspólnie. Z art. 11 ust. 2 uznk nie wynika, aby ochrona

poufności informacji musiała przyjmować jakiś nadzwyczajny charakter. W ocenie KIO z tego przepisu wynika raczej, że taka ochrona ma być skuteczna i chronić przez udostępnieniem informacji osobom nieupoważnionym. Mogą to być zatem systemy obiegu informacji przyjęte w przedsiębiorstwie, sposoby postępowania z dokumentacją, systemy informatyczne chroniące dostęp do informacji, zawieranie klauzul poufności w umowach z pracownikami czy kontrahentami. W ocenie KIO takie właśnie okoliczności wskazał wykonawca wybrany, a zamawiający ocenił je jako wykazujące w dostateczny sposób, że wykonawca podjął działania zmierzające do zachowania informacji w poufności. Z tych wszystkich względów zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu. Zamawiający przedstawił dowód poniesienia kosztów w postaci wydatków pełnomocnika w maksymalnej dopuszczonej rozporządzeniem wysokości, z tego względu KIO nakazała odwołującemu zwrot na rzecz zamawiającego tych poniesionych wydatków.

Przewodnicząca: