sygn. akt KIO 1569/23

POSTANOWIENIE
z dnia 16 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 16 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B.-DROG sp. z o. o. sp. k.z siedzibą w Łubowie**, **BUDiA-Standard sp. z o.oz siedzibą w Oleśnicy, "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B.**, **prowadzący działalność gospodarczą w Dalachowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1.umorzyć postępowanie odwoławcze,

2.nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B.-DROG sp. z o. o. sp. k.z siedzibą w Łubowie**, **BUDiA-Standard sp. z o.o.z siedzibą w Oleśnicy, "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B, prowadzący działalność gospodarczą w Dalachowie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

sygn. akt KIO 1569/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kępnie”, numer referencyjny: O.PO.D-3.2421.34.2022.Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2022/S 156-447971 w dniu 17.08.2022 r.

W dniu 1 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **B.-DROG sp. z o. o. sp. k.z siedzibą w Łubowie**, **BUDiA-Standard sp. z o.o.z siedzibą w Oleśnicy, "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B.**, **prowadzący działalność gospodarczą w Dalachowie** wnieśli odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego polegającą odtajnieniu w piśmie z dnia 23 maja 2023 r. informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa” w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach treści oferty, złożonych za pośrednictwem Platformy zakupowej dnia 09.12.2022 r., w całości.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

(1) art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), dalej jako „u.z.n.k.” poprzez**:** − ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy Odwołujący, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

(1) **zastrzegł** wprost jako „tajemnicę przedsiębiorstwa” określone informacje – szczegółowo je wskazując – podając, że nie mogą być one udostępniane,

jednocześnie

(2) **wykazał,** że zastrzeżone informacje – w szczególności szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce (wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze, wyliczenia co do zakładanego zysku; założenia) – wypełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa i w sytuacji, gdy dane informacje zostaną odtajnione, dojdzie do naruszenia jego relacji z podmiotami konkurencyjnymi.

Odwołujący **wykazał spełnienie kumulatywnie przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a w tym wartość gospodarczą informacji** (co kwestionuje Zamawiający) – wskazując, że ujawnienie całości tych informacji może wpłynąć na sytuację Odwołującego na rynku poprzez naruszenie jego relacji z podmiotami konkurencyjnymi (polegające

m.in. na ułatwieniu konkurentom przewidzenia poziomu ceny w innych postępowaniach, poznania szeroko pojętego know-how, strategii w ramach współpracy z podmiotami trzecimi, co wiązało się z dodatkowymi kosztami w tym premiami pracowników), a co za tym idzie prowadzi do rzeczywistego zagrożenia chronionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Nadto, dodatkowe skutki, jakie może pociągać za sobą udostępnienie przedmiotowych informacji innym podmiotom (w tym konkurentom) – *de facto* nie są możliwe od przewidzenia.

− pominięcie przez Zamawiającego, że pozyskanie zastrzeżonych informacji wiązało się z kosztami w postaci licznych nakładów i przyjęcie, by nie miały one wartości gospodarczej, gdy Odwołujący w szczegółowy sposób opisał i wyjaśnił wartość zastrzeżonych informacji w złożonych wyjaśnianiach i złożonym załączniku, jak również przedłożył dowody potwierdzające spełniania przesłanek z art. 11 ust. 2 p.z.p.:

(1) Regulamin kontraktowania (określa zasady prowadzenia negocjacji przez osoby występujące w imieniu Spółki oraz zawierania umów z kontrahentami, w tym określone wartości uzyskiwane na ich podstawie);

(2) Zasady zachowania poufności - obowiązujące w Spółce (w której kontrahent zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy informacji poufnych, w szczególności know-how Spółki, projektów, dokumentów, danych stanowiących tajemnice prawnie chronioną);

(3) Regulamin Pracy (określa obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy);

(4) Politykę bezpieczeństwa Spółki (określa zasady przetwarzania danych osobowych i sposób ich ochrony z użyciem adekwatnych środków technicznych, organizacyjnych oraz procedur bezpieczeństwa);

(5) Umowę ramową z kontrahentami (zobowiązującą do zachowania zasad bezpieczeństwa),

- a co potwierdziło nakłady poczynione na zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa i samą ich wartość gospodarczą.

(2) art. 11 ust. 2 p.z.p., poprzez: − bezpodstawne przyjęcie, by zastrzeżone przed Odwołującego informacje w postaci kosztorysów i kalkulacji (w szczególności poszczególne ceny jednostkowe, założenia, metodologia, sposób organizacji pracy), nie miały wartości gospodarczej, a przez to nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa;

− bezpodstawne przyjęcie, by zastrzeżone informacje zawarte w załącznikach o charakterze organizacyjnym nie miały wartości gospodarczej, podczas gdy takie dokumenty zawierały:

1) Szczegółowe kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy – w szczególności w zakresie poszczególnych cen jednostkowych ujętych w treści przedmiotowych Wyjaśnień, w tym:

− wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze dotyczące danej pozycji TER 1 – w tym poszczególne koszty, stosowane marże, narzuty i założenia (m.in. ilościowe, powierzchniowe), dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, sprzętu;

− poszczególne elementy założeń;

− Informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, stosowanej metodologii i warunków współpracy z kontrahentami na rynku, według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy - wycena oraz przyjęty model kalkulacji (określony w pkt 1) odnosi się do tych informacji dotyczących kosztów ponoszonych przez Wykonawcę i jego metodologii, jak również informacji odnoszących się do kontaktów z kontrahentami;

− Informacje odnoszące się do warunków współpracy z innymi kontrahentami (w tym wynikające z załączników), według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej u Wykonawcy – wycena oraz model kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych (określona w pkt 1) przyjęty przez Wykonawcę opiera się na wyliczeniach zawartych w tych umowach;

Oparcie się w tym zakresie przez Zamawiającego na oczywiście błędnej logicznie konstatacji, iż skoro w ocenie Zamawiającego przedmiotem zamówienia jest standardowe utrzymanie dróg, to wszystkie działania wykonawców są standardowe i przykładowe. Zamawiający w tym względzie popełnia zasadniczy błąd logiczny, który polega na identyfikowaniu efektu prac, ze sposobami jego realizacji. Osiągniecie określonego standardu nie determinuje przecież sposobu jego wykonania. To, że określone zadanie lub dzieło zostało określone jako cel, nie oznacza, że poszczególni wykonawcy nie mogą dokonywać modyfikacji sposobu jego wykonania, różnych nakładów, szukać określonych ulepszeń, przekładających się na zysk, marżę, czy środki dystrybucji. Poznanie struktury szczegółowej kalkulacji może naprowadzić doprowadzić konkurencję do tej wiedzy. Założenie Zamawiającego prowadzi przez to także do absurdalnych konsekwencji, a to, że wszyscy wykonawcy stosują tożsamą metodę wykonania, metodę kosztów, kanałów dystrybucji i zakresu wykorzystania własnych zasobów.

(3) art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 1 p.z.p. poprzez:

− bezpodstawne przyjęcie, by Odwołujący nie wykazał – w rozumieniu Zamawiającego – nie udowodnił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to podlegały ujawnieniu, podczas gdy Odwołujący w treści uzasadnienia wyjaśnień w szczegółowy sposób opisał procedurę sporządzania oferty – wykazując spełnienie przesłanek „tajemnicy przedsiębiorstwa", jak również przedłożył stosowne dowody w postaci dokumentów obowiązujących u wykonawcy, tj.:

(1) Regulamin kontraktowania;

(2) Regulamin Pracy (w części zastrzeżonej);
(3) Polityka bezpieczeństwa Spółki;
(4) Umowa o zachowaniu poufności - wzór obowiązujący w Spółce;
(5) Polityka wynagrodzeń w przedsiębiorstwie,
(6) Umowę ramową z kontrahentami (zobowiązującą do zachowania zasad bezpieczeństwa)
przez co Odwołujący wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując w sposób rzeczowy, wiarygodny, spójny na ich wartość gospodarczą w szczególności poprzez wskazanie poczynionych nakładów, podkreślenie doświadczenia i wskazał na konkretne zagrożenia finansowe w związku z ich ujawnieniem oraz możliwość powiększenia szkody i trudne do przewidzenia dalsze skutki finansowe ujawnienia.

(4) art. 16 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 11 u.z.n.k. poprzez**:**

− pominięcie zasady proporcjonalności przy odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa" zawartych w dokumentach przekazanych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień – a przez to nieuwzględnienie ewentualnych skutków podjętych działań z punktu widzenia Odwołującego, jego pozycji na rynku i konieczności ochrony posiadanego know-how, podczas gdy urzeczywistnienie zasady proporcjonalności, stanowiącej gwarancję prawidłowego przygotowania i przebiegu postępowania, powinno przejawiać się w odpowiednim przeprowadzeniu tego postępowania – w tym poszczególnych czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego, w sposób pozwalający na zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

− nieuwzględnienie podstawowej zasady prawa zamówień publicznych w postaci nakazu przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji w ten sposób, że Zamawiający nakazując odtajnienie dokumentacji nie uwzględnił konsekwencji podjętego działania w postaci zaburzenia pozycji Odwołującego na rynku, poznania przez inne podmioty szeroko pojętego know-how – co będzie miało znaczenie nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale też w innych, analogicznych przetargach – jak również umożliwienie przewidywania przez konkurentów poziomu cen w innych przetargach przez kalkulowanie w oparciu o przedmiotowe informacje;

− przedwczesne ujawnienie całości informacji bez uprzedniego zbadania treści dokumentów, a przez to niezbadanie uprzednio zawartych w nich danych przez Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający w przypadku, gdy miałby wątpliwości, co do których w ocenie Odwołującego nie było podstaw, winien uprzednio zbadać, czy informacje podlegają ochronie, a co powinno polegać na wszechstronnej analizie, po pierwsze, **treści zawartych w tych dokumentach**, po drugie, **okoliczności towarzyszących zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa,** a brak dokonania tych czynności stanowi podstawę do zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 223 ust. 1 p.z.p. przez Zamawiającego;

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

I. nakazanie Zamawiającemu utajnienie dokumentów i informacji przekazanych Odwołującego wyjaśnieniach treści oferty, złożonych za pośrednictwem Platformy zakupowej dnia 09.12.2022 r., które Odwołujący zastrzegł jako „tajemnica przedsiębiorstwa",

II. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT i spisu kosztów przedstawionych na rozprawie, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. a-b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B.-DROG sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Łubowie**, **BUDiA-Standard sp. z o.o.z siedzibą w Oleśnicy, "B." Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa T. B., prowadzący działalność gospodarczą w Dalachowie**, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu, ul. Noskowska 3-5, 62-800 Kalisz.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2023 r. (pismo z dnia 9 czerwca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy, oświadczeniem złożonym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2023 r. (pismo z dnia 16 czerwca 2023 r.), Odwołujący cofnął odwołanie w całości wniesione w dniu 1 czerwca 2023 r.

W konsekwencji Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), z którego wynika, że w sytuacji cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy w dniu, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego – odwołujący ponosi koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, oraz zwraca się mu 90% wpisu; w takim przypadku Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego lub uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości albo w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, oraz orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Przewodniczący:……