**Sygn. akt KIO 1479/23**
**Sygn. akt KIO 1480/23**
**Sygn. akt KIO 1481/23**
**Sygn. akt KIO 1482/23**

**WYROK**
**z dnia 6 czerwca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza -** w składzie:

**Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska**
**Joanna Gawdzik-Zawalska**
**Monika Kawa-Ogorzałek**
**Protokolant:Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2023 r. przez wykonawcę **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo-Handlowo- Produkcyjna** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**
przy udziale
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **„AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie**, **AUTOSTRADA MAZOWIECKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.Oddala odwołanie
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo-Handlowo- Produkcyjna** i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy);
2.3.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującegokwoty **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą nadpłatę 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) 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:** ……
……
……

**KIO 1479/23, KIO 1480/23, KIO 1481/23, KIO 1482/23**

**UZASADNIENIE:**

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawiew imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych będących w administracji Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, w podziale na 4 części: Część 1 – utrzymanie dróg krajowych Rejonu w Rzeszowie – autostrady A-4 na odcinku Rzeszów Wschód (bez węzła) do Jarosław Zachód z (węzłem). Część 2- utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Przemyślu. Część 3 – utrzymanie dróg krajowych G i GP Rejonu w Lesku. Część 4 – utrzymanie dróg krajowych G, GP i S Rejonu w Nisku ", numer postępowania: O/RZ.D-3.2421.27.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 listopada 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 219-629152.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp".

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

W postępowaniu tym wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo-Handlowo- Produkcyjna (dalej:„Odwołujący”) 25 maja 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu (tożsama czynność Zamawiającego podjęta względem każdej z części Postępowania) polegającej na przyjęciu, że informacje zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 4 kwietnia 2023r., zawierającym wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę, tj.:

− kalkulacja szczegółowa wraz z częścią opisową (zawartą w samej kalkulacji i/lub w części ogólnej wyjaśnień ceny), zawierającą założenia do tej kalkulacji;

− dowody załączone do wyjaśnień, w szczególności w postaci zindywidualizowanych ofert złożonych Wykonawcy oraz faktur, za dostawy, usługi itd. realizowane przez Wykonawcę lub na jego rzecz,

− zestawienie danych wynikających z kalkulacji w Tabeli, której wzór Zamawiający dołączył do wezwania do złożenia wyjaśnień,

− dokumenty wskazujące na rodzaj oraz ilość posiadanego przez Wykonawcę sprzętu (pojazdów) i innych zasobów, będące załącznikami do ww. pisma nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego oraz, że Odwołujący nie wykazał zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

− art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „Uznk”) w zw. z art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz art. 16 Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w dokumentach wskazanych w pkt I powyżej nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a nadto, że Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało przez Odwołującego odpowiednio wykazane.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 15 maja 2023r. polegającej na uznaniu, że informacje zawarte w dokumentach wskazanych w pkt I powyżej i zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnicy tej nie stanowią, a także:

- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,

- nie wyznaczanie posiedzenia i rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej pomiędzy 06.06. a 12.06.2023r. z uwagi na wcześniej zaplanowany urlop pełnomocnika Odwołującego i brak przewidzenia w pełnomocnictwie prawa do udzielania dalszych pełnomocnictw, co z kolei podyktowane jest znajomością sprawy przez ustanowionego pełnomocnika.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał, że złożył oferty w każdej z czterech części Postępowania (części zamówienia). Zamawiający pismami z dnia 15 marca 2023r. (czterema, każde odnoszące się do odrębnej części zamówienia) wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 Pzp wysokości zaoferowanej ceny.

W dniu 4 kwietnia 2023r. Odwołujący złożył Zamawiającemu obszerne, a przede wszystkim bardzo szczegółowe wyjaśnienia odnoszące się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej dla każdej ze złożonych ofert („Wyjaśnienia”), przedstawiając Zamawiającemu dodatkowo szczegółową kalkulacją poszczególnych pozycji rozliczeniowych przewidzianych kosztorysami ofertowymi, popartą licznymi dowodami w postaci m.in. ofert dostawców, podwykonawców, umów, zestawień sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia itp.

Odwołujący, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, rozbił poszczególne ceny jednostkowe na poszczególne składowe, odrębnie dla każdej z części zamówienia. Treść Wyjaśnień była natomiast wspólna dla wszystkich części zamówienia z uwagi na zbieżność w opisie wymogów Zamawiającego oraz przyjętych pozycji rozliczeniowych (oczywiście z uwzględnieniem występujących, choć w niewielkim zakresie, odrębności).

Odwołujący dokumenty składające się na Wyjaśnienia podzielił na dwie części, tj. te, które w całości mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, oraz te, które zawierają w swej treści informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom. Odwołujący nie zastrzegł więc jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości 4 dokumentów i informacji składających się na wyjaśnienia ceny, ograniczając się wyłącznie do zastrzeżenia tych dokumentów (informacji), które mają z jego punktu widzenia największą wartość gospodarczą.

Wraz z Wyjaśnieniami Odwołujący przedstawił również Zamawiającemu obszerne, szczegółowe i poparte dowodami uzasadnienie dla zastrzeżenia części przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa („Uzasadnienie”), w którym wykazano zasadność czynionego zastrzeżenia.

Pismami zamieszczonymi na Platformie w dniu 15 maja 2023r. (cztery odrębne pisma, ale o w zasadzie tożsamej treści) Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia wszystkich informacji zawartych w Wyjaśnieniach i zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, wskazując, że w jego ocenie zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Odwołujący nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 18 ust. 3 Pzp i nie wykazał, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Odwołujący wskazał: Zamawiający uznając, że zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w pierwszej kolejności wskazał, że (cyt.:) pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny, co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. W kalkulacjach szczegółowych wykonawca nie przedstawił nic innego, jak tylko właśnie kalkulacje zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, co podważa obiektywną wartość gospodarczą ujętych w niej informacji. Wykonawca nie wykazał jakoby sporządzone przez niego kalkulacje wraz z założeniami posiadał obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób bowiem uznać, że na skutek ujawnienia danych ujętych w kalkulacji szczegółowej wraz z założeniami, mogłoby dojść do zmniejszenia jego szans, na złożenie najkorzystniejszej oferty w kolejnych postępowaniach. Według Zamawiającego mało prawdopodobne jest by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowana jest w zależności od dostępnych dla każdego z wykonawcy zasobów i warunków realizacji danego zamówienia.

Odnosząc się do tej argumentacji Odwołujący wskazał, że przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest cena zaoferowana przez Odwołującego – cena całej oferty, jak i załączone do oferty kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe lub odpowiednio ceny za poszczególne elementy rozliczeniowe są jawne. Przedmiotem zastrzeżenia ze strony Odwołującego są informacje zawarte w kalkulacjach szczegółowych poszczególnych cen jednostkowych, przy czym mówiąc o kalkulacji szczegółowej należy mieć na myśli zarówno przedstawione przez Odwołującego wyliczenia, jak i uzupełniające je założenia do wyliczeń (zawarte w części wstępnej wyjaśnień oraz w samej kalkulacji - dodatkowe opisy do poszczególnych pozycji).

Odwołujący w odróżnieniu od większości wykonawców nie poprzestał na przedstawieniu prostego rozbicia cen jednostkowych na składowe: koszty robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, koszty pośrednie, zysk, lecz przedstawił szczegółową informację odnośnie tego, w jaki sposób każda z tych składowych została wyliczona, przy jakich założenia, przy wykorzystaniu jakich zasobów ludzkich i sprzętowych itd.

Odwołujący dodał, że cena zaoferowana przez Odwołującego rzeczywiście dotyczy tego konkretnego zamówienia (tego konkretnego Postępowania), jednakże kalkulacja ceny, co szczegółowo przedstawiono i wyjaśniono w Uzasadnieniu, opiera się na założeniach do kalkulowania wspólnych dla wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o które ubiega się Odwołujący. Sposób wyliczenia ceny, w tym zwłaszcza założenia leżące u podstaw tej wyceny, nie są więc właściwe dla tego tylko postępowania. Odwołujący wskazał na pewną niekonsekwencję Zamawiającego, który w końcowej części swojego stanowiska podkreśla, że „większość wyjaśnień i informacji zawartych w wyjaśnieniach jest analogiczna (prawie tożsama) jak w wyjaśnieniach odtajnionych w ww. postępowaniu.” Zamawiający sam więc przyznaje, że pewne założenia do kalkulacji ceny ofertowej dla innych, wcześniejszych postępowań, w których udział brał Odwołujący i dla niniejszego Postępowania są wspólne, co w pełni potwierdza argumentację przedstawioną przez Odwołującego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. O ile więc prawdą jest, że dla potrzeb każdego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca musi przygotować zindywidualizowaną, „dopasowaną” do wymogów SWZ kalkulację ceny, o tyle zasadne jest stanowisko prezentowane przez Odwołującego, że pewne założenia do kalkulacji, pewne rozwiązania czy metody redukcji kosztów stosowane przez wykonawcę są wspólne dla wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o zbliżonym przedmiocie i stanowią jego know how wypracowaną na przestrzeni wielu lat prowadzonej działalności gospodarczej.

Dalej, Odwołujący wskazał, że nawet jeśli dokumenty obrazujące sposób wyliczenia ceny ofertowej dla innego, wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały odtajnione i ujawnione wykonawcom konkurencyjnym, nie oznacza to, że tożsame rodzajowo informacje (Odwołujący nie złożył identycznych wyjaśnień ceny jak w 2020r.) nie można zastrzec w niniejszym Postępowaniu. Przywołane przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w całkowicie odmiennej formule rozliczeniowej niż obecne postępowanie. W postępowaniu z 2020r. wykonawca w ramach ryczałtowej części wynagrodzenia musieli utrzymać (utrzymanie bieżące i zimowe) określony odcinek drogi przy zachowaniu określonych w SWZ standardów. Wynagrodzenie kosztorysowe, za tzw. roboty strukturalne zlecane na podstawie pojedynczych poleceń, stanowiło niewielki wycinek ceny ofertowej. Obecne postępowanie ma w zasadzie odwrócony model rozliczeń, tj. jedynie niewielka część wynagrodzenia jest „gwarantowana” (za prace z grupy ZUD i Zarządzanie kontraktem), natomiast cała reszta prac składających się na bieżące utrzymanie dróg zlecana jest według potrzeb Zamawiającego. Dodatkowo, Zamawiający

ustalił w SWZ wiążące progi do wyceny pewnych rodzajów prac „gwarantowanych". Ta zmiana podejścia do zlecania bieżącego i zimowego utrzymania dróg wymaga zmiany podejścia do organizacji pracy wykonawcy na kontrakcie, ale i wyceny poszczególnych prac ujętych w kosztorysach ofertowych. W ślad za tym Odwołujący, przystępując do przetargu, musiał dokonać szczegółowej analizy założeń przyjmowanych uprzednio przy kalkulacji ceny ofertowej, oceniając, czy dotychczasowe metodologie liczenia kosztów (w tych ich grupowania w celu minimalizacji) będzie mogło znaleźć zastosowanie. (…)

Odwołujący z tego właśnie względu odstąpił od zaskarżenia wyroku Izby wydanego w sprawi o sygn. akt KIO 3130/21, tj. Odwołujący uznał, że jednorazowe ujawnienie zastrzeganych informacji może nie wyrządzić mu aż tak dużej szkody, skoro (1) zapowiadana była zmiana modelu zlecania utrzymania dróg przez GDDKiA, a (2) w tej sytuacji jednorazowe ujawnienie danych nie pozwoli na odtworzenie wzorca, który mógłby mieć zastosowanie przy zmodyfikowanym modelu zlecenia prac utrzymaniowych.

Odwołujący podkreśla, że w niniejszej sprawie nie chodzi przy tym tylko i wyłącznie o odtworzenie przez konkurentów metodologii wyliczenia ceny ofertowej w celu zastosowania jej we własnej kalkulacji ceny (…), ale przede wszystkim o przewidzenie strategii cenowej Odwołującego. (…) Wiedząc na podstawie kolejno składanych wyjaśnień, jak kształtuje się poziom kosztów konkurenta (który można „uaktualniać" w oparciu o znane zmienne rynkowe) i jak wycenia on ryzyko, można ustalić, jakiego zysku będzie oczekiwał konkurent i właśnie zmniejszając poziom własnego zysku, pozyskać zamówienie.

Odnosząc się do kwestii możliwości wykorzystania informacji zastrzeganych we własnej działalności konkurencyjnych wykonawców, dodać należy, że Zamawiający brak możliwość zakwalifikowania informacji zawartych w kalkulacji szczegółowej Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wywodzi z tego, że w jego ocenie informacje zawarte w szczegółowej kalkulacji nie mogą zostać wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców do – jak można wnioskować – wyliczenia własnej ceny ofertowej. Są to bowiem założenia właściwe tylko dla Odwołującego. Wniosek ten jest nieprawidłowy. W ocenie Odwołującego dane zawarte w kalkulacji szczegółowej Odwołującego mogą przede wszystkim zostać użyte przez konkurencyjnych wykonawców w celu uwiarygodnienia własnych wyliczeń, czy założeń. Stałą praktyką konkurencyjnych wykonawców, co pokazuje szereg uprzednio prowadzonych postępowań o tym przedmiocie zamówienia przez tego właśnie Zamawiającego, ale i niniejsze Postępowanie jest uzasadnianie braku rażąco niskiej ceny (w tym ceny jednostkowej) wysokością ceny zaoferowanej przez innych wykonawców, w tym Odwołującego. W ocenie Odwołującego, praktyka ta może iść i idzie jeszcze dalej, tj. tożsamość założeń np. co do czasochłonności danej czynności przyjętej u Odwołującego (lub innych założeń) może uzasadniać założenia danego wykonawcy.

Odwołujący wszystkie te argumenty zawarł w Uzasadnieniu lecz Zamawiający nie dokonał ich właściwej oceny, istotnie upraszczając zasygnalizowane przez Odwołującego problemy związane z udostępnieniem konkurencyjnym wykonawcom szczegółowych danych zbieranych przez Odwołującego przez lata prowadzonej przez niego działalności i wykorzystywanych do kalkulowania cen w każdym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko Zamawiającego zdaje się sugerować, że opracowywane przez odwołującego latami, na podstawie doświadczeń i zbieranych informacji, zasady kalkulacji ceny ofertowej nie mają żadnej wartości z racji tego, że konkurencyjni wykonawcy nie mogą ich prosto zastosować w swojej działalności. Takie podejście do omawianej kwestii przeczy dorobkowi orzecznictwa sądów wypracowanego na gruncie przepisów Uznk czy ustawy Pzp, które wręcz tradycyjnie tego typu informacje uznają za know how podlegające ochronie, bez konieczności wykazywania ich unikatowości, oryginalności, czy konkretnej wartości.

Zdaniem odwołującego równie dużym uproszczeniem jest stwierdzenie, że sama wiedza o cenach, jakie uzyskuje Odwołujący od dostawców i podwykonawców nie ma wartości gospodarczej, bowiem (cyt.) wiedza, że dany produkt można zakupić za pewną cenę nie stanowi samoistnie, że pozostali wykonawcy będą mogli także „wynegocjować" taką cenę w kontraktach ze swoimi kontrahentami. Odnosząc się do tej kwestii w pierwszej kolejności podnieść należy, że w poprzednim, wskazywanym przez Zamawiającego postępowaniu Zamawiający odtajnił treść ofert, umów itd., ale nie nazwy podmiotów (kontrahentów), z którymi współpracuje Odwołujący. Konkurencyjni wykonawcy uzyskiwali więc tylko część informacji (ile dana usługa, dostawa kosztuje Odwołującego), nie zaś, u kogo jest nabywana.

Zdaniem Odwołującego wiedza o warunkach zawieranych umów i osobie kontrahenta, daje konkurencyjnym wykonawcom pełen obraz jego sytuacji rynkowej. Zamawiający pomija przy tym, że taka wiedza może stać się podstawą do tego, by podjąć próbę renegocjacji kontraktów lub bodźcem do tego by poszukiwać nowych dostawców dla danego zakresu materiałów albo innych sposobów optymalizacji kosztów w danym obszarze (czego być może konkurencyjni wykonawcy nie uczyniliby będąc przekonanym, że ich sytuacja jest w danym zakresie optymalna). W ocenie Odwołującego bez znaczenia pozostaje tu okoliczność, czy konkurencyjny wykonawca ostatecznie będzie w stanie od tych samych podwykonawców, dostawców uzyskać takie same oferty jak Odwołujący. Z punktu widzenia Odwołującego i jego interesów gospodarczych już sam fakt podjęcia próby renegocjacji kontraktów może doprowadzić do zniwelowanie

przewagi konkurencyjnej Odwołującego (uwzględniając całokształt sytuacji wykonawcy). Takie informacje są również bezpłatną bazą danych – danych, które w normalnych warunkach należałoby zbierać na rynku, ponosząc z tego tytułu określone koszty (jak wyjaśniono powyżej nie ma dostępnych na tym rynku ogólnych informatorów o cenach). Wreszcie, Zamawiający nie odniósł się do kwestii wprost wskazanej w Uzasadnieniu przez Odwołującego, który wyjaśniał, że (cyt.:) Informacje o cenach, za jakie Wykonawca nabywa określone materiały i usługi (nawet bez wiedzy u jakich podmiotów) oraz o pozostałych warunkach, na jakich są zawierane przez niego umowy pozwala na ustalenie, jakie koszty ponosi Wykonawca w związku z realizacją zamówieniem związanych z utrzymywaniem dróg, co z kolei pozwala przewidzieć, jak Wykonawca zachowa się przy składaniu kolejnych ofert w tego typu postępowaniach (jaki poziom ceny jest w stanie zaoferować, jak wysoki zysk zakłada przy tego typu zamówieniach). Taka wiedza po stronie konkurencyjnych wykonawców może utrudnić Wykonawcy konkurowanie o kolejne zamówienia, np. zmuszając go do obniżenia poziomu oczekiwanej marży.

Zamawiający pominął również okoliczność, że niektóre z warunków uzyskanych przez Odwołującego są szczególnie korzystne, świadcząc o przewadze konkurencyjnej Odwołującego, a wolą nie tylko Odwołującego, ale i podmiotu zawierającego z nim umowy (składającego ofertę) było zachowanie warunków współpracy pomiędzy stronami w poufności.

Bez znaczenia w kontekście tego pozostaje, czy ceny wynegocjowane czy oferowane Odwołującemu są wyjątkowo korzystne (czy Odwołujący stosuje „agresywną politykę negocjacyjną"), już sama bowiem informacja, że Odwołujący dany materiał (np. sól drogową o wartości kilkunastu milionów na kontrakt) kupuje za cenę x, jest źródłem cennych informacji dla konkurentów, pozwala bowiem na ustalenie, w jakich obszarach Odwołujący ma przewagę konkurencyjną, na jakim poziomie kształtują się koszty Odwołującego za dany zakres itd. (…)

Zamawiający w decyzji z dnia 15 maja 2023r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa kilkukrotnie wskazuje na brak „udowodnienia" przez Odwołującego, iż ceny uzyskane przez Odwołującego od dostawców czy usługodawców są „szczególnie niskie", że „podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby", co powoduje, że Odwołujący nie może współpracować z innymi, że „istnieje agresywna sytuacja negocjacyjna", jednakże okoliczności te są w kontekście Uzasadnienia przedstawionego przez Odwołującego nieistotne dla oceny, czy zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie ma obiektywnie możliwości wykazać, że jego ceny są wyjątkowo niskie, bo nie ma publikacji określających ceny „rynkowe" (średnie) dla takich usług, a Odwołujący nie zna cen konkurentów, ale jak wskazano powyżej wartość takiej informacji Odwołujący wywodzi przede wszystkim z powiązania ceny z jego osobą. Odwołujący nie może również udowodnić, że jego podwykonawcy mają unikalne zasoby i Odwołujący nie może współpracować z innymi podmiotami – w większości przypadków zapewne możliwe byłoby bowiem nawiązanie współpracy z innymi podmiotami, jednak (…) Odwołujący podejmując się współpracy z nowym dostawcą lub podwykonawcą musiałby ponieść koszty jego wyszukania na rynku, weryfikacji jego zdolności, prowadzenia z nim rozmów, a wreszcie liczyć się z ryzykiem, że współpraca z danym podmiotem nie będzie układała się pomyślnie i wykonawca będzie musiał ponosić dodatkowe koszty (np. zmiany podwykonawcy w trakcie wykonywania robót, kar umownych, opóźnień, koszty dochodzenia roszczeń od podwykonawcy). Okoliczność, że tych wszystkich kosztów Odwołujący nie ponosi (bo poniósł je wcześniej) jest wystarczająca do przyjęcia, że dzięki takim informacjom Odwołujący ma przewagę konkurencyjną, a więc informacje te mają wartość gospodarczą.

Odwołujący podkreślił, że w części d) Uzasadnienia (str. 7) szczegółowo odniósł się do kwestii podniesionych przez Zamawiającego, wyjaśniając m. in.: Wiedza o tym, jakie zasoby posiada Wykonawca (ile sprzętów, jakie rodzaju, w jakim wieku i o jakiej normie emisji spalin) i na jakich zasadach je pozyskuje jest dla konkurencyjnych Wykonawców cennym źródłem informacji. Znając poziom zaangażowania zasobów Wykonawcy (będący pochodną ilości i rodzajów posiadanego sprzętu oraz ilości realizowanych przez Wykonawcę kontraktów) konkurencyjni wykonawcy mogą ustalić, czy Wykonawca, ubiegając się o kolejne zamówienia będzie musiał przewidzieć w cenie ofertowej rezerwy na zakup nowych sprzętów, czy będzie mógł je zrealizować sprzętem posiadanym, co oczywiście ma znaczenie dla poziomu oferowanej ceny. Mając taką wiedzę konkurencyjni wykonawcy mogą odpowiednio zmodyfikować swoją strategie ceną by uniemożliwić Wykonawcy uzyskanie kolejnego zamówienia. Zastrzegane informacje mają również charakter organizacyjny – stanowią cenną informację o preferencjach Wykonawcy co do rodzajów wybieranych sprzętów, co kolejno przekłada się na efektywność jego pracy. Nie sposób wykluczyć, że znając rozwiązania techniczne stosowane przez Wykonawcę, w tym te opracowane na jego indywidulane zlecenia, konkurencji chcieliby – bez konieczności dodatkowych kosztów ze swojej strony - je powielić i zastosować we własnej działalności, niwelując w ten sposób przewagę konkurencyjną Wykonawcy.

Kończąc, Odwołujący wskazał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru bezwzględnego i ustawodawca w art. 18 ust. 3 Pzp wskazał od niej wyjątek związany właśnie z przedstawieniem zamawiającemu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Wyjątek ten, gdyby przyjąć stanowisko Zamawiającego, byłby w zasadzie iluzoryczny, a sam przepis art. 18 ust. 3 Pzp stanowiłby martwa

regulację. Okazuje się bowiem, że z jednej strony zamawiający, w ślad za orzecznictwem Izby, stawiają coraz dalej idące wymagania względem wyjaśnień składanych w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, oczekując przedstawiania przez wykonawców coraz bardziej szczegółowych informacji odnoszących się do działalności wykonawców, ponoszonych przez nich kosztów i sposób ustalania przez nich cen oferowanych zamawiającym, a jednocześnie z góry zakładają, że takie informacje - skoro mają wskazywać na sposób kalkulacji ceny ofertowej dla konkretnego postępowania – niejako z założenia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Stanowisko to jest wewnętrznie sprzeczne i całkowicie oderwane od realiów obrotu gospodarczego, w tym także od ukształtowanego z uwzględnieniem tych realiów orzecznictwa.

Odwołujący wyjaśnia, że w jego ocenie w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie przepis § 3 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 (…). Jednakże z daleko idącej ostrożności, wobec występujących uprzednio wątpliwości, Odwołujący wniósł wpis od odwołania do każdej części Postępowania. Jeżeli Izba przyjmie stanowisko w sprawie wysokości uiszczanego wpisu Odwołującego, Odwołujący wnosi o zwrot trzech wpisów.

W złożonej pismem z 5 czerwca 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Jedną z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności. Zgodnie natomiast z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp: *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”.* Tym samym, aby zastrzeżenie dokonane przez Wykonawcę było skuteczne, musi on jednocześnie z zastrzeżeniem w odpowiedni sposób wykazać, że dane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. spełniają definicję z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej zwanej: „u.z.n.k”). Należy także zauważyć, że *„wykazanie”* w przedmiotowym kontekście należy traktować jako pojęcie znacznie szersze aniżeli jedynie *„wyjaśnienie”*, co potwierdza orzecznictwo zarówno sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej. (…)

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, że wyjaśnienia Wykonawcy dot. wartości gospodarczej kalkulacji szczegółowych wraz z założeniami, zostały sformułowane w oparciu o ogólne stwierdzenia dotyczące charakteru informacji obejmowanych kalkulacjami cenowymi oraz niesprecyzowanych ryzyk wynikających z ich ujawnienia. Tak skonstruowane przez Odwołującego wyjaśnienia mogłyby zatem stanowić ewentualnie o możliwości zastrzeżenia kalkulacji cenowych w pewnych warunkach, przy czym w żaden sposób nie uzasadniają podstaw do stwierdzenia, iż takie wyjątkowe warunki, uzasadniające odstąpienie od zasady jawności postępowania, zaszły wobec informacji zawartych w kalkulacjach cenowych przekazanych przez Odwołującego w każdej z części Postępowania. (…)

Zamawiający przy tym podtrzymuje dotychczas wyrażone stanowisko, że kalkulacja cenowa ma co do zasady charakter indywidualny i przyjęte w niej założenia znajdą zastosowanie w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W postępowaniach, których przedmiotem jest utrzymanie dróg krajowych, istnieje bowiem wiele zmiennych związanych np. z uwarunkowaniami terenu, na którym znajduje się dany odcinek drogi, wpływających na konieczność różnorakiego rozdysponowania zasobów, sprzętu czy wyznaczenia odmiennej liczby pracowników. (…)

W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie w jakim dostrzega on ryzyka wynikające z powzięcia przez pozostałych wykonawców wiedzy o ściśle zindywidualizowanej metodyce obliczania ceny przez Odwołującego. Sygnalizowana bowiem przez Odwołującego możliwość „odszyfrowania” wzorców zachowania Wykonawcy nie będzie w ocenie Zamawiającego skutkować automatycznym przeniesieniem tych rozwiązań do kalkulowania cen przez pozostałych Wykonawców, mając na uwadze, że np. możliwość zastosowania danego sprzętu czy oddelegowania danej liczby pracowników jest uzależniona od indywidualnych uwarunkowań konkretnego podmiotu. Podmioty przystępujące do postępowań dot. utrzymania dróg krajowych są natomiast profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego i Wykonawca w żaden sposób nie wykazał dlaczego przedstawiona przez niego metodyka obliczania ceny mogłaby cechować się atrakcyjnością, prowadzącą do jej wykorzystania przez pozostałych uczestników, co ma szczególne znaczenie biorąc pod uwagę, że Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień wskutek wątpliwości po stronie Zamawiającego co do prawidłowości obliczenia zaoferowanej ceny.

Odwołujący posługuje się także w Odwołaniu zwrotami *„dane zawarte w kalkulacji szczegółowej **mogą** zostać użyte przez konkurencyjnych wykonawców”* lub *„(…) tożsamość założeń np. co do czasochłonności danej czynności przyjętej u Odwołującego (lub innych założeń) **może** uzasadniać założenia danego wykonawcy”.* W ocenie Zamawiającego dla odstąpienia od ujawnienia danych informacji, nie jest wystarczające wskazanie bliżej nieokreślonego

ryzyka, które mogłoby potencjalnie wystąpić na rynku, a w żaden sposób nie zostało powiązane z zakresem informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę. Samo istnienie bowiem takich zagrożeń w obrocie gospodarczym nie stanowi jeszcze podstawy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, której zaistnienie jest ściśle powiązane z działalnością danego podmiotu. (…)

Odnosząc się natomiast do informacji zawartych przede wszystkim w przedstawionych przez Odwołującego zindywidualizowanych fakturach, Zamawiający podtrzymuje dotychczas wyrażone stanowisko, iż również w tym zakresie Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Poruszane przez Odwołującego kwestie związane z poszukiwaniem przez uczestników rynku jak najkorzystniejszych ofert od dostawców poszczególnych materiałów stanowią w ocenie Zamawiającego standardowe zjawisko w obrocie gospodarczym, niezależne od ujawnienia dokumentów podchodzących od Odwołującego. Wiedza pozostałych wykonawców o współpracy Odwołującego z danymi podmiotami nie implikuje natomiast samoistnie możliwości nabycia towarów na tożsamych warunkach. Co więcej, Odwołujący nie wykazał, aby informacje wynikające z faktur cechowały się wyjątkowością bądź atrakcyjnością w stosunku do standardowych warunków współpracy stosowanych w analogicznych umowach przez pozostałych wykonawców. (…)

Nie znajdują także uzasadnienia twierdzenia Odwołującego w zakresie w jakim podnosi on, że wiedza o posiadanych zasobach, w tym poziomu ich zaangażowania, umożliwia wykonawcom ustalenie czy Odwołujący będzie zobligowany do zakupu danego sprzętu na potrzeby innych postępowań, co mogłoby skutkować możliwością ograniczenia dostępu Wykonawcy do uzyskania kolejnego zamówienia. Możliwość zaangażowania sprzętu do realizacji konkretnego zamówienia nie jest przecież uzależniona jedynie od jego posiadania, ale także od liczby i rodzaju prac utrzymaniowych realizowanych w momencie złożenia przez wykonawcę oferty w postępowaniu, co oznacza, że z samego faktu posiadania przez wykonawcę danego sprzętu nie można wywodzić, że przeznaczy go do realizacji świadczeń w przypadku realizacji innej umowy. Nadto, nie jest jasne w jaki sposób wiedza o posiadanych przez Odwołującego zasobach mogłaby wpłynąć na ceny oferowane przez pozostałych uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – wiedza w tym zakresie nie pozbawi Odwołującego posiadanego sprzętu, jak również nie będzie skutkować nabyciem tożsamego sprzętu za analogiczną cenę przez inny podmiot. Twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie pozostają zatem bezzasadne.

Nie należy przy tym także pomijać, że Odwołujący co do przeważającej części dokumentów dot. nabytych zasobów oraz nazw dostawców nie wykazał, że podjął czynności związane z zabezpieczeniem ich przed ujawnieniem wobec osób trzecich. (…)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, AUTOSTRADA MAZOWIECKA Sp. z o z siedzibą w Warszawie (w zakresie części 4).

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone pisemnie oraz ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

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

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „AJW WARDEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, AUTOSTRAD MAZOWIECKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Zamawiającego w trakcie postępowania niejawnego, tj. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone do sprawy o sygn. akt KIO 3130/21.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba za zbędne uznała przytaczanie definicji jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach Stron.

W pierwszej kolejności niezbędne jest uczynienie klika uwag natury ogólnej, które rzutują na ocenę wyjaśnień Odwołującego.

Zasada jawności jest istotnym elementem prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Zapewnia należytą ochronę interesu publicznego oraz gwarantuje wykonawcom, jak i wszystkim zainteresowanym,

uzyskanie pełnej informacji o postępowaniu i czynnościach podejmowanych przez zamawiającego. Dzięki czemu wykonawcy mogą skutecznie bronić swoich interesów. Zasada jawności gwarantuje przejrzystość, bowiem informacja jest jednym z czynników mających duże znaczenie gospodarcze w warunkach wolnego i zdrowego rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, wyłączenie czy też ograniczenie jawności postępowania o udzielenie zamówienia powinno być interpretowane zawężająco i rygorystycznie. Prawo wykonawców do utajnienia niektórych informacji, wskazując na tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może uchybiać zasadzie jawności, która w praktyce przejawia się wzajemną kontrolą przez podmioty konkurujące w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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

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

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia zastrzeżonych informacji nie wynika, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia Odwołującego są zbyt ogólne, szablonowe, w dużej części opierają się o generalne twierdzenia o szczególnym znaczeniu zastrzeżonych informacji i możliwości poniesienia ewentualnej szkody przez Odwołującego w przypadku ich ujawnienia. Odwołujący w sposób ogólny wskazuje, że „*pewne założenia do kalkulacji, pewne rozwiązania czy metody redukcji kosztów stosowane przez wykonawcę są wspólne dla wielu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o zbliżonym przedmiocie i stanowią jego know how wypracowaną na przestrzeni wielu lat prowadzonej działalności gospodarczej*" nie wskazując przy tym o jakie rozwiązania, metody chodzi. Obowiązkiem Odwołującego jest opisanie takiej metodologii, wyjaśnienie jej obiektywnej wartości gospodarczej, wskazanie jej znaczenia z punktu widzenia prowadzonej działalności. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania powyższych okoliczności.

Z wyjaśnień nie wynika, że faktycznie mamy do czynienia z jakąś unikalną metodą kalkulacji, autorskim rozwiązaniem podlegającym ochronie. Co równie istotne, przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, jest to standardowa usługa utrzymania dróg.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że tożsame wyjaśnienia zostały złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia" część nr 1 Rejon w Rzeszowie OUA Dębica", znak postępowania: O.Rz.D-3.2413.10.2020, w którym to postępowaniu Zamawiający odtajnił zastrzeżone informacje w części (KIO 3130/21). Całkowicie niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego jakoby „*jednorazowe ujawnienie zastrzeganych informacji może nie wyrządzić mu aż tak dużej szkody*". Przede wszystkim ujawnienie informacji ze swojej istoty ma charakter jednorazowy (uczynienie jej znaną innej osobie). Odwołujący nie wykazał, że faktycznie doszło do zmiany organizacji pracy Odwołującego czy też zmiany metodologii liczenia kosztów. Zatem informacje te nie mają charakteru poufnego.

Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa szczegółową kalkulację ceny ofertowej wyjaśniając, „*że informacje zawarte w kalkulacji, czytane łącznie z częścią opisową zawierającą szczegółowy opis założeń do kalkulacji, ze względu na swoją szczegółowość, są kompletnym zbiorem informacji o tym, w jaki sposób wykonawca kalkuluje ceny ofertowe dla wszystkich składanych przez siebie ofert"*. Nie można tracić z pola widzenie, iż Odwołujący przedłożył standardowy kosztorys szczegółowy, który to z zasady obejmuje cenę jednostkową, marże, zysk itp. Nadto, każda kalkulacja opiera się na opisie przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że przedłożona kalkulacja może być wykorzystana w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Koszty jakie Odwołujący wyliczył na potrzeby tego konkretnego postępowania mogą być w całości nieaktualne na potrzeby kolejnych, z uwagi chociażby na zmienność sytuacji gospodarczej.

Odwołujący podnosił, że dokumenty zawierają „*szczegółowy opis przyjętej przez wykonawcę organizacji pracy na tego typu kontraktach oraz stosowanych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych i finansowych, mających służyć obniżeniu kosztów prowadzonej działalności gospodarczej. Kalkulacja obrazuje także, w jaki sposób wykonawca szacuje ryzyko i ustala marżę oraz jak koszty te przypisuje do poszczególnych pozycji rozliczeniowych"*. Dalej, Odwołujący

wskazał, że ujawnienie tych informacji „*mogłoby zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy i uniemożliwiać lub znacznie utrudnić mu ubieganie się o podobne zamówienie w przyszłości*” . Zdaniem Izby opis ryzyk ma charakter hipotetyczny. Przypomnieć należy, że część zastrzeżonych informacji (z pominięciem nazw kontrahentów) została ujawniona w 2021 roku. Odwołujący nie wykazał, że fakt ten zagroził pozycji konkurencyjnej i utrudnił mu w jakikolwiek sposób ubieganie się o podobne zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że udostępnienie konkurencji wyjaśnień pozwoli ustalić wzorzec zachowań Odwołującego, w szczególności odszyfrować, które z metod minimalizacji kosztów wykonania zamówienia są stałe a które zmienne. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego są gołosłowne.

Odnosząc się do danych kontrahentów (dostawców, usługodawców, podwykonawców) w dobie Internetu i powszechnego dostępu do najrozmaitszych rodzajów danych (choćby w ramach dostępu do informacji publicznej) informacje te trudno traktować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustalenie nawet „lokalnych” podmiotów nie nastręcza dla podmiotów profesjonalnych żadnych trudności.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał aby zastrzeżone informacje posiadały obiektywną wartość gospodarczą, a ujawnienie tych informacji zaburzy jego pozycję na rynku. Przy tego typu usługach nazwy dostawców czy też usługodawców nie są wiedzą tajemną do której dostęp ma wyłącznie Odwołujący. W praktyce wykonawcy z danej branży współpracują w większości z tymi samymi dostawcami i usługodawcami. Nie jest również niczym wyjątkowym możliwość negocjowania cen usług i materiałów. Nie ulega wątpliwości, że relacje biznesowe, wieloletnia współpraca przy innych inwestycjach i wzajemne zaufanie pozwalają na uzyskanie szczególnie dogodnych warunków współpracy od dostawców materiałów i sprzętu oraz wykonawców robót i usług niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Warto podkreślić, że przy obecnej sytuacji gospodarczej ceny ulegają zmianie. Co za tym idzie, nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie cen jednostkowych, baz danych dostawców i usługodawców, wykazie sprzętu, kosztów paliwa, ofert podwykonawców możliwe było odtworzenie strategii biznesowej Odwołującego czy też trafnego przewidywania przyszłych cen. Przynajmniej Odwołujący powyższego nie zdołał wykazać.

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

Wykonawcy biorący udział w postępowaniach na utrzymanie dróg posiadają odpowiednie, wieloletnie doświadczenie, mają swoich zaufanych dostawców, pracowników, sprzęt i wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny inni wykonawcy zmienią w całości swoją strategię biznesową aby obniżać swoje ceny. Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach.

Izba podziela pogląd, że poszczególne pozycje, które składają się na całkowitą cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki stanowiącej o możliwości zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, mianowicie: podjęcia przez podmiot działań w celu utrzymania ich w poufności, w pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę, że zostały one w części ujawnione już w 2021 roku.

Abstrahując od powyższego, oceniając wyjaśnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, w ocenie Izby Odwołujący, poza ogólnymi stwierdzeniami, nie wykazał w jaki sposób chroni przed dostępem do informacji, które objął tajemnicą.

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Bez wątpienia jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami: prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia a prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienia może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Ponownie warto wskazać, że ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako

narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023, KIO 632/23).

Mając powyższe na uwadze skład orzekający, rozpoznając zarzuty odwołania, nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3, § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W przedmiotowej sprawie zastosowanie znajduje § 3 rozporządzenia zgodnie z którym odwołujący, który w ramach tego samego postępowania odwoławczego wniósł odwołanie od czynności lub zaniechania zamawiającego związanych z więcej niż jedną częścią zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, uiszcza jeden wpis. W przedmiotowej sprawie Odwołujący wniósł jedno odwołanie a jedynie z daleko idącej ostrożności uiścił wpis od odwołania do każdej części postępowania. Z tego względu Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującegokwoty 45 000 zł stanowiącą nadpłatę uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:...……..

...……..

...……..