Sygn. akt KIO 1230/23
Sygn. akt KIO 1291/23
Sygn. akt KIO 1301/23

WYROK
z dnia 19 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska
Katarzyna Odrzywolska
Małgorzata Matecka
Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 17 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 2 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. –** KIO 1230/23

B.w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.** – KIO 1291/23

C.w dniu 8 maja 2023 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** – KIO 1301/23

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu:**

A.pn.: „całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu", numer referencyjny: O/PO.D-3.2421.28.2022 – (1230/23)

B.pn.: „całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina", numer referencyjny: O.PO.D-3.2421.36.2022 – (1291/23)

C.pn.: „całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina", numer referencyjny: O.PO.D-3.2421.36.2022 – (KIO 1301/23)

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

A.Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu – KIO 1230/23

B.FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie – KIO 1291/23

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – KIO 1291/23

D.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.** –KIO 1301/23

E.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – KIO 1301/23

orzeka:

1.Oddala odwołania

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.**(KIO 1230/23)**;** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.** (KIO 1291/23); **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 1301/23) i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez: 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.**(KIO 1230/23); 2)wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia**: BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B.**(KIO 1291/23); 3) odwołującego**FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie**(KIO 1301/23), tytułem wpisu od odwołań.

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.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1230/23, KIO 1291/23, KIO 1301/23

UZASADNIENIE:

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowania: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.:

1. „całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu", numer referencyjny: O/PO.D-3.2421.28.2022 – (KIO 1230/23). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 sierpnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 156-447971.
2. „całoroczne kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie drogi ekspresowej S5e oraz S11c na odcinku od węzła Poznań Północ do węzła Mosina", numer referencyjny: O.PO.D-3.2421.36.2022 – (KIO 1291/23, KIO 1301/23). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 17 sierpnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 157-450557.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone są 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 w obu postępowaniach przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

KIO 1230/23

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. (dalej: „Odwołujący 1") 2 maja 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa" w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach treści oferty.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(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) Polityka 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 przykładowo. 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 w Spółce, 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.

Odwołujący 1 wniósł 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 uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 1 wskazał m.in.:

Zamawiający pismem z dnia 28.04.2023 r. poinformował, że „w wyniku badania okoliczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów zawierających wyjaśnienia treści oferty odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający postanawia odtajnić dokumenty, złożone za pośrednictwem Platformy zakupowej dnia 09.12.2022r, w całości. W ocenie Zamawiającego nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa."

W uzasadnieniu Zamawiający powołuję się na wyrok KIO z dnia 20.03.2023r (sygnatura KIO 623/23). Przypomnieć należy, że wyrok ten zapadł w sprawie, w której Odwołujący wniósł skutecznie odwołanie i w której jego zarzuty - w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa - zostały uznane. Zamawiający ww. postępowaniu został zobowiązany do odtajnienia tajemnicy w zakresie oferty innego podmiotu aniżeli Odwołujący, zresztą zgodnie zasadnym żądaniem Odwołującego. Niemniej jednak nie oznacza to, że Zamawiający po wydaniu wyroku KIO z dnia 20.03.2023r., sygn. akt 623/23, powinien dokonywać odtajnienia – automatycznie - en bloc - wszystkich zastrzeżonych informacji w toczącym się postępowaniu, także wobec wykonawców, którzy złożyli skuteczne zastrzeżenie tych informacji i wykazali, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący wraz z przekazaniem wskazanych informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zgodnie z art. 18 ust. 3 p.z.p. (…)

Przypomnieć należy, że wykonawca, wobec którego informacji zapadł wyrok KIO:

1) zdawkowo odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie określając jej w żaden sposób – co samo w sobie świadczy już o braku wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa.

2) nie wykazał podejmowania działań w celu utrzymania jej w poufności, ograniczając się jedynie do blankietowych deklaracji na etapie postępowania odwoławczego. (…)

Odmienny stan rzeczy ma miejsce w przypadku zastrzeżenia dokonanego przez Odwołującego. Odwołujący skutecznie zastrzegł, iż przekazane informacje nie mogą być udostępniane, wykazując przy tym, że stanowią one tajemnice przedsiębiorstwa. Odwołujący, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu:

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

jednocześnie

(3)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. (…)

Z treści uzasadnienia pisma Zamawiającego z dnia 21.04.2023 r. wynika wręcz fałszywe uproszczenie, iż skoro prace będące przedmiotem zamówienia są standardowe, to wykonawcy każdorazowo będą ten cel realizowali w identyczny sposób. Tym samym Zamawiający nie dopuszcza istnienia pomiędzy wykonawcami różnic na gruncie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Różnic wynikających przykładowo z podziału praca na sprzęt i ludzi, kanałów dystrybucji, podziałów kosztów pomiędzy poszczególne wycenione pozycje, idącymi za tym narzutami i marżami, założeniami w zakresie zaangażowania sprzętu własnego itd. Twierdzenie Zamawiającego prowadzi przez to także do absurdalnych konsekwencji, a to, że wszyscy wykonawcy stosują tożsamą metodę wykonania, metodę kosztów, posługują się identycznymi kanałami dystrybucji i zakresem wykorzystania własnych zasobów. Tymczasem analiza treści wyjaśnień powinna prowadzić Zamawiającego do wniosku, iż zastrzeżone informacje wyczerpują wszystkie przesłanki definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, zastrzeżone informacje obejmują szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym wskazujący na przyjętą przez potencjalnego wykonawcę metodologię jej wyliczenia, sposób wykonania zamówienia, organizację, założenia i szeroko pojęty know-how – stanowiący o konkurencyjności Odwołującego na danym rynku. Ujawnienie informacji dotyczących złożonych wyjaśnień i załączonych dokumentów, a w szczególności poszczególnych pozycji kosztorysowych, umożliwiłoby nie tylko poznanie metodologii i sposobu działania przez pozostałych przystępujących w niniejszym postępowaniu, ale również i ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne podmioty poziomu cen Odwołującego w przyszłych przetargach - poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie w celu uzyskania zamówienia, prowadząc do zaburzenia pozycji Odwołującego na rynku – a na co wskazywał Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, a co zdaje się całkowicie pomijać Zamawiający. (…)

Odwołujący w tym miejscu pragnie podkreślić, że przedstawiona dokumentacja zawiera nie tylko ogólne dane dotyczące organizacji, ale również szczegółowe jej elementy, podlegające uwzględnieniu przy dokonywaniu wyceny poszczególnych części zadania – a co składa się na sumaryczną kwotę, jaką wskazał Odwołujący. Przykładowo, są to założenia m. in. Co do:

− potrzebnych materiałów (w tym ich ilości i ceny),
− sprzętu (w tym czy sprzęt własny; sprzęt drobny)
– prace pomocnicze,
− potrzebnej liczby pracowników (w tym liczby osób, godzin i zastosowanej stawki wynagrodzenia),
− kosztów eksploatacji,
− dodatkowe koszty (np. Koszty ochrony, najmu, czynszu),
− zysku (który to Odwołujący jest w stanie osiągnąć przy zastosowaniu przedmiotowych założeń).

Informacje zastrzeżone przez Odwołującej zawierają bowiem szczegółowy, nieznany innym wykonawcom opis sposobu kalkulacji ceny oferty, wskazujący na przyjętą, indywidualną metodologię, a także sposób jej wyliczenia. (…) Co więcej, dane pozwalające na identyfikację sposobu kontraktowania z podmiotami trzecimi, umożliwiają prześledzenie sposobu zdobywania kontaktów biznesowych i stanowią strategię działania Odwołującego. (…)

Kolejno – odnosząc się do objęcia ochroną doświadczenia Odwołującego – wskazać można na ugruntowany pogląd, zgodnie z którym doświadczenie stanowi jeden z elementów ujęty jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreśla się, że doświadczenia ze współpracy z kontrahentami co do terminowości, rzetelności i jakości świadczeń, czy nawet responsywności i reakcji na sytuacje kryzysowe, są na rynku niezwykle cennymi informacjami, których zgromadzenie trwa często latami i wymaga istotnych inwestycji ze strony przedsiębiorcy (tutaj np. w formie premii regulaminowych). Efektem gromadzenia tych doświadczeń jest właśnie lista konkretnych, wyselekcjonowanych kontrahentów oraz nadanie relacjom z nimi właściwych priorytetów. (…)

Po drugie, zastrzeżone przez Odwołującego ujęte zostały również w przedłożonych załącznikach – stanowiące informacje o charakterze organizacyjnym, a które to posiadają stały walor o charakterze gospodarczym, tj.:

− Regulamin kontraktowania (określa zasady prowadzenia negocjacji przez osoby występujące w imieniu Spółki oraz zawierania umów z kontrahentami, w tym zakres marży);
− Regulamin Pracy (określa obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy); − Polityka bezpieczeństwa Spółki (określa zasady przetwarzania danych osobowych i sposób ich ochrony z użyciem adekwatnych środków technicznych, organizacyjnych oraz procedur bezpieczeństwa);
− Zasady zachowania poufności - określa zasady zachowania poufności w Spółce i ich relacje z poszczególnymi partnerami,

− Umowę ramową z kontrahentami - zobowiązującą do zachowania zasad bezpieczeństwa.
I tak – podkreślić należy, że ujawnienie ww. informacji pozwoli podmiotom konkurencyjnym poznać całość metodologii stosowanej przez Odwołującego zarówno w przedmiotowym postępowaniu, jak i przy realizacji innych zadań publicznych. Będzie to miało kluczowe znaczenie w przypadku zamówień publicznych o tożsamym przedmiocie wykonywanych usług. (…)
Odwołujący podkreśla, że zastrzeżone informacje obrazują sposób przygotowywania oferty nie tylko w ramach niniejszego zamówienia, ale również ukazują całokształt know-how Odwołującego przy zamówieniach o podobnym przedmiocie, ponieważ na ich podstawie można w łatwy sposób wywnioskować jakie prawdopodobne dane do kalkulacji Odwołujący przyjmie w ofertach przy podobnych zamówieniach, jak i mogą być przedmiotem kopiowania przez inne podmioty – co stanowi o stałym walorze gospodarczym zastrzeżonych informacji. To z kolei rodzi niebezpieczeństwo dla pozycji Odwołującego na rynku, co dodatkowo potwierdza wartość gospodarczą informacji. Sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych – tak również na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego, jak i innych zamówień – stanowią indywidualny dorobek handlowy Spółki. (…)
Posiadana przez Spółkę wiedza i doświadczenie, pozwala na czynienie stosownych założeń, w tym elementy podlegające uwzględnieniu przy konkretnej analizie kosztu, tj. zastosowane ilości, ceny, roboczogodziny. Nielogiczne jest w tym względzie powoływanie się przez Zamawiającego na okoliczność przedmiotu zamówienia – jako standardowego, co rzekomo miałoby przekreślać możliwość wykorzystania odmiennej niż typowej metodologii. (…)
Wskazać trzeba, że nie są możliwe do przewidzenia wszystkie skutki, jakie może ze sobą nieść ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym – a na co wskazywał Odwołujący, zaznaczając, że trudno jest wskazać konkretną wartość (a co za tym idzie rozmiar szkody), jaką przedstawiają dla Wykonawcy informacje zastrzeżone. (…) Niemniej jednak, Odwołujący nie jest zobowiązany do wskazywania wprost kwoty wartości gospodarczej. (…)
Nadto, w doktrynie podaje się, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019). (…)
Niemniej jednak Odwołujący pragnie podkreślić, iż przedmiotowe informacje stanowią jego dane poufne, nie są powszechnie znane czy też udostępniane osobą zwykle zajmującym się takim rodzajem informacji. (…) Po trzecie, zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane czy też łatwo dostępne dla innych osób, a Odwołujący podjął działania zmierzające do zachowania informacji w poufności. Spółka przedłożyła również dowody na rzeczywiste zachowywanie poufności w stosunku do informacji zastrzeżonych w danym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że stosowany jest monitoring oraz ograniczony jest zakres pracowników mających dostęp do takich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie są powszechnie dostępne w jakichkolwiek źródłach dostępnych publicznie, a opisane wyżej działania potwierdzają podejmowanie stosownych działań zmierzających do zachowania informacji w poufności. (…)
Wykonawca w sposób rzeczowy, wiarygodny i spójny wykazał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, w szczególności poprzez wskazanie poczynionych nakładów, podkreślenie doświadczenia i trudne do przewidzenia skutki ujawnienia. (…)
Odwołujący wskazuje, że Zamawiający oprócz naruszenia ww. przepisów, w wyniku swoich działań naruszył podstawowe zasady prawa zamówień publicznych w postaci zasady proporcjonalności oraz przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Po pierwsze, Zamawiający odtajniając całość dokumentów, nie wziął pod uwagę zasady proporcjonalności ujętej w art. 16 ust. 3 p.z.p. – w szczególności poprzez brak uwzględniania interesów Odwołującego i jego dóbr chronionych w stosunku do konsekwencji, jakie wynikają z takiego odtajnienia informacji. (…) Po drugie, Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Tymczasem jego czynność w postaci nakazania ujawniania całości informacji będzie miało znaczenie nie tylko w przedmiotowym postępowaniu, ale też w innych przetargach, prowadząc do umożliwienia przewidywania przez poziomu cen w innych postępowaniach przez kalkulowania w oparciu o przedmiotowe informacje oraz wykorzystanie know-how Odwołującego. (…)
Na gruncie powyższego nie ulega zatem wątpliwości, że w sytuacji dokonania odtajnienia zostanie zaburzona sytuacja na rynku, na którym działa Odwołujący – umożliwiając poznanie podmiotom konkurencyjnym sposobu działania Odwołującego czy też stosowanych przez niego metod i strategii – a co narusza zasady uczciwej konkurencji. (…)
Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzuca, iż Zamawiający dokonał nieuzasadnionego ujawnienia całości informacji – z pominięciem jakichkolwiek wcześniejszych działań, w tym nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia. (…) Tymczasem wyraźnie wskazuje się, że w przypadku sytuacji budzących wątpliwości zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 223 ust. 1 p.z.p., powinien zwrócić się do wykonawcy w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie, aby nie narazić się na sankcję – przewidzianą w art. 23 ust. 2 u.z.n.k. – za bezprawne ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa (M.

Stachowiak (w:) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych Komentarz, Warszawa 2021, art. 18). Zamawiający nie dokonał w nieniniejszym stanie faktycznym przedmiotowych czynności, a przez to nie dokonując zasadniczo analizy przedstawionych danych pod kątem zasadności zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (…)

Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców. Zamawiającego obciąża obowiązek oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Ocena ta wymaga zbilansowania interesu wykonawcy w zachowaniu poufności przekazywanych w postępowaniu informacji z obowiązkiem zachowania zasady jawności postępowania (M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021). (…)

Niezależnie od powyższego wskazać trzeba, że Zamawiający miał również możliwość odtajnienia informacji w sposób fragmentaryczny zastrzeżonych przez Odwołującego informacji – a czego to również nie uczynił, odtajniając całość dokumentów, a co może prowadzić do negatywnych konsekwencji wyżej opisanych związanych z pozycją na rynku Odwołującego. (…)

Tymczasem w przedmiotowej sprawie zauważyć można, iż Zamawiający przeanalizował sprawę w sposób wybiórczy, bez analizy przedstawionych danych, jak również z pominięciem szczegółowo wskazanych przez Odwołującego poszczególnych elementów. Nie odniesiono się również do wskazywanych przez Odwołującego ewentualnych konsekwencji odtajnienia. (…)

W złożonej pismem z 15 maja 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się całkowicie niezasadne.

Na wstępie należy przychylić się do stanowiska Przystępującego po stronie Zamawiającego -Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. (dalej jako PBDK) zaprezentowanego w przystąpieniu z 08.05.2023 r. i zauważyć, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp odwołanie podlega uwzględnieniu jedynie wówczas, gdy naruszenie Zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego tj. mającego wpływ na wynik postępowania. W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Z kolei wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym jeżeli błąd zamawiającego nie spowoduje zmiany w rankingu ofert – odwołanie należy oddalić (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 609/23). Analogicznie kwestia ta została ujęta w uzasadnieniu wyroku przytoczonego przez samego Odwołującego tj. wyroku KIO z 28 grudnia 2021 (sygn. akt 3513/21) gdzie odwołanie w zakresie nadmiarowego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa i brakiem udostępnienia dokumentu zostało oddalone wyłącznie z tej przyczyny, że to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Należy podkreślić, że Odwołujący nie odniósł się wcale do tego istotnego aspektu niniejszej sprawy – czy i dlaczego odtajnienie zastrzeżonych przez niego informacji ma być czynnością mającą istotny wpływ na wynik postępowania. Niezależnie bowiem od tego czy omawiane informacje pozostaną tajne, czy nie, oferta Odwołującego nie stanie się ani mniej ani bardziej korzystna, ranking ofert w postępowaniu nie ulegnie przez to tylko zmianie, a tym samym wynik postępowania rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej nie zmieni się, z tej tylko przyczyny. Bezsprzecznie, nawet jeśli Izba stwierdziłaby naruszenie przepisów przez Zamawiającego, nie ma mowy o wpływie tego ewentualnego naruszenia na wynik postępowania. Wobec powyższego, odwołanie należy oddalić już choćby z tej przyczyny.

Ponadto odnosząc się do zarzutów merytorycznych postawionych w odwołaniu, Zamawiający stwierdza, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 pzp Odwołujący gołosłownie twierdzi, że Zamawiający otrzymawszy wyrok (sygn. akt KIO 623/23) nakazujący mu odtajnienie dokumentów innego wykonawcy w tym samym postępowaniu w którym wnoszone jest Odwołanie (tj. „Całoroczne kompleksowe (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych na terenie Rejonu w Kaliszu". Nr postępowania: O.PO.D-3.2421.28.2022) postąpił „automatycznie" i odtajnił wszystkie pozostałe dokumenty w tym postepowaniu, złożone przez innych wykonawców, także przez Odwołującego.

Zamawiający stanowczo sprzeciwia się takim bezzasadnym twierdzeniom. (…) Wyrok KIO zawierał analizę postępowania Zamawiającego oraz wskazówki natury ogólnej, generalnej, jakie można i należy zastosować do każdej złożonej oferty. Fakt, że rozważania te zostały poczynione na przykładzie jednej z ofert nie uchybia ich wartości merytorycznej i możliwości zastosowania do pozostałych ofert, a także szerzej: do zmiany praktyki realizacji obowiązków Zamawiającego we wszystkich prowadzonych postępowaniach. (…)

Zamawiający porównał uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedstawione przez wykonawcę, którego dokumenty KIO nakazało ujawnić, oraz argumenty przedstawiane przez pozostałych wykonawców (w tym Odwołującego) patrząc przez pryzmat uzasadnienia wyroku KIO w sprawie sygnatura KIO 623/23 (dalej jako KIO 623/23). Zamawiający doszedł do

wniosku, że wobec argumentów pozostałych wykonawców nasuwają się analogiczne wnioski, jakie wskazała Izba w swoim wyroku. Zamawiający podejmując takie działanie opierał się o filary zamówień publicznych jakimi są zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzystość i proporcjonalność. (…)
Poniżej Zamawiający chciałby przedstawić jako przykład fragmenty pism uzasadniających tajemnice przedsiębiorstwa (dokumenty te stanowią dokumentację postępowania i zostały przesłane do KIO, jednocześnie Zamawiający załącza je do niniejszej odpowiedzi na odwołanie): Fragment zastrzeżenia PBD S.A. Kalisz (wykonawcy, którego dokumenty KIO w sprawie 623/23 nakazała odtajnić):
„Podobnie, w odniesieniu do informacji o sposobie wyceny, kalkulacji i wysokości ponoszonych kosztów, czynnikach wpływających na ich wysokość i uwzględnianych przy kalkulacji ceny oferty – jest to know-how PBD, którego ujawnienie nie tylko niweczy przewagę konkurencyjną wynikającą z możliwości wykorzystania przez konkurentów metod i procedur opracowanych przez PBD S.A. Kalisz. Umożliwia również przewidzenie przez inne podmioty okoliczności istotnych dla kalkulacji ceny oferty PBD S.A. Kalisz w przypadku ubiegania się o pozyskanie określonego kontraktu, a tym samym – może prowadzić do dedukcji poziomu ceny, jaki będzie możliwy do zaoferowania przez PBD S.A. Kalisz w innych postępowaniach. Wpływa to istotnie na szanse na uzyskanie przez wykonawcę zamówień, w których przeważającym kryterium oceny ofert jest cena. Do czynników istotnych ze względu na kalkulację ceny ofertowej, należą też informacje o charakterze handlowym, dotyczące danych kontrahentów, zakresu i zasad współpracy oraz uzyskiwanych od nich cen."
Fragment zastrzeżenia Odwołującego:
„ (…) ujawnienie zastrzeżonych informacji rodzi realne zagrożenie dla sytuacji Spółki na rynku poprzez naruszenie jej 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), a co za tym idzie może prowadzić do naruszenia chronionych interesów i narażenia na szkodę. Co więcej, dodatkowe skutki, jakie może pociągać za sobą udostępnienie przedmiotowych informacji innym podmiotom (w tym konkurentom), są trudne do przewidzenia. W szczególności zawarcie w wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów odnoszących się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia i współpracy z podmiotami trzecimi, ujawnia wykorzystywane przez Spółkę strategie budowania ceny ofertowej." oraz
„*Ujawnienie zastrzeżonych informacji wpłynęłoby negatywnie na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami – ułatwiając konkurentom rywalizację ze Spółką w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (…).*
Oba te fragmenty są niezwykle zbliżone w brzmieniu, powołują się na „know-how", mówią o przewadze konkurencji w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Należy podkreślić, że nie zostały w obu przypadkach przedstawione żadne dowody, ani wyliczenia na poparcie tych argumentów. Stanowisko Izby w tej kwestii było jasne i zdaniem Zamawiającego można je odnieść do obu fragmentów uzasadnień (…)
Mając na uwadze powyższe w ocenie Zamawiającego Odwołujący Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą oraz, że nie są łatwo dostępne lub powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji.
Odwołujący nie wykazał także, że zachował należytą staranność w podejmowaniu działań mających na celu zachowanie ich w poufności.
(…)
Zamawiający jednak stoi na stanowisku, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 20.03.2023r (KIO 623/23), że obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu KPC. W związku z tym sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej. Nie wystarcza także samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś wartość gospodarczą. (…)
Wykonawca w przypadku braku możliwości określenia w sposób jednoznaczny wartości finansowej informacji powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurenci pozyskają wiedzę zastrzeżoną. Odwołujący nie wykazał jednak wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Przedstawione wartości są nie tylko podane z błędami (wartość podana cyfrą i słownie jest rozbieżna, co poddaje w wątpliwość staranność dokonanego zastrzeżenia), ale także nie opiera się na dowodach. Podane w umowach z podwykonawcami kwoty mające stanowić karę za ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę są inne niż podane w wyjaśnieniach. (…)
Zamawiający przytacza powyższe fragmenty, aby wykazać blankietowy charakter załączonych dokumentów. Wszystkie pisma złożone przez Odwołującego praktycznie w całej swej treści są identyczne, mimo, że warunki gospodarcze tej firmy na obszarze w Rejonie w Nowym Tomyślu i w Rejonie w Kaliszu (czy Rejonach w Gnieźnie, Lesznie, Środzie Wielkopolskiej) z pewnością nie są takie same. Różnica polega jedynie na podaniu numerów referencyjnych i nazw

odpowiednich postępowań. Takie dokumenty można określić jako wypełnienie definicji słowa „blankiet". Skoro przedstawiane przez Odwołującego argumenty stanowią gotowy formularz, w który (na dodatek z błędami, oraz nie posiadając potwierdzenia w załączonych dowodach) wstawiane są kwoty, mające wykazać gospodarczą wartość zastrzeganych informacji, to w takiej sytuacji Zamawiający nie miał żadnego obowiązku wyjaśnić nieścisłości w tych dokumentach. (…)

Są to dokumenty mające pozornie świadczyć o tym, że charakter każdego z tych wyjaśnień jest wynikiem wnikliwego i indywidualistycznego podejścia do tematu przez Odwołującego, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie jest, o czym najdobitniej świadczą powtarzane w każdym piśmie proste do zweryfikowania (niewymagające specjalistycznej wiedzy merytorycznej) błędy.

W orzecznictwie wskazuje się, że brak wykazania wartości gospodarczej w zakresie konkretnych obliczeń stanowi podstawę dla uzasadnienia odtajnienia dokumentów wykonawcy (…)

Wykonawca powinien przedstawić informacje wraz z dowodami w sposób, który nie budziłby żadnych wątpliwości Zamawiającego. Tutaj natomiast Odwołujący zdaje się sam nie mieć pewności co do tego, jaką w istocie wartość posiadają zastrzegane informacje.

Ponadto Wykonawca twierdzi, że *„Informacje objęte „tajemnicą przedsiębiorstwa" zawierają szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty (w szczególności wskazują na sposób kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych), zasady kalkulacji kosztów, metodologię, nazewnictwo, podejmowaną współpracę z podmiotami trzecimi czy też informację o dostępnych Spółce cenach zakupu usług, materiałów – a co składa się na strategię działania Spółki".* Jednak w toku realizacji przedmiotu zamówienia Wykonawca jest, na mocy postanowień umownych, zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu umowy z Podwykonawcą, którego skieruje do realizacji określonych części zamówienia.

Ponadto podstawą płatności jest przedstawienie przez Wykonawcę zestawienia wszystkich faktur wystawionych przez Podwykonawców zawierającego w szczególności dane dotyczące zakresu prac, kwoty faktury i terminu jej wymagalności oraz przedłożenie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia Podwykonawcom.

Informacje dotyczące współpracy z podmiotami trzecimi, czy o cenach zakupu usług są albo już dostępne konkurencji Wykonawcy, choćby na zasadzie dostępu do informacji publicznej w zakresie dotychczas realizowanych przez Wykonawcę umów, lub mogą być na tej zasadzie udostępnione w przyszłości. Przynajmniej w tym zakresie argumentacja Wykonawcy jest nietrafiona.

Wykonawca określił także, że *„Przedłożona do Wyjaśnień kalkulacja kosztów i przyjęta metodologia w postępowaniu została sporządzona indywidualnie dla danego kontraktu, w oparciu o metodologię budowania cen wypracowanej na podstawie negocjacji i umów zawartych z kontrahentami, a szereg czynników jest wynikową powiązań i rozliczeń ekonomicznofinansowych wynikających z planowania i dywersyfikacji działalności Spółki – a co stanowi istotne informacje gospodarcze i handlowa".* Z postanowień SWZ nie wynika w żaden sposób, że wykonawcy dokonując wyceny mieli zaproponować jakiś znany jedynie sobie sposób realizacji zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest standardowe utrzymanie dróg. Standardy te zostały określone przez Zamawiającego. Każdy z wykonawców wycenia koszt ich realizacji.

Argumentowanie, iż ta wycena jest unikalnym dziełem wykonawcy podlegającym ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa wypacza istotę jawności postępowania przetargowego.

W swoim piśmie Wykonawca podaje informacje ogólnikowe, nie poparte dowodami. (…)

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje posiadały wartość gospodarczą. Przedstawione wyliczenia są błędne lub niepoparte dowodami. (…)

Wobec powyższego określenia jakich używa Odwołujący w uzasadnieniu utajnienia swoich dokumentów w postaci: *„Utrata przedmiotowych informacji przez Spółkę rodzi zagrożenie wykorzystania ich przez konkurentów w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji Spółki na rynku. Składają się one na strategię Spółki w ramach współpracy z innymi podmiotami, umożliwiające prześledzenie kontaktów biznesowych Spółki"*, jednak w żaden sposób nie wyjaśnia jak miałoby to się odbyć. Jak konkretnie zastrzeżone informacje miałyby wpłynąć na przewagę konkurentów, jakie konkretne szkody (zmniejszenie wartości w obrocie gospodarczym) miałby Odwołujący ponieść – tego Odwołujący nie określił, ani nie przedstawił żadnych dowodów w tym celu.

(…) Warto wskazać, że kalkulacja oferty musi nastąpić wg reguł określonych w SWZ oraz OPZ a także SST a zatem szczegółowe czynności, technika realizacji zadnia jest wyznaczona przez Zamawiającego. Elementy, niezbędne do wyliczenia oferty są równe i jawne dla wszystkich uczestników postępowania. Jawne jest także dotychczasowe (…)

Część szczegółowych wyjaśnień Odwołującego jest wręcz nielogiczna. W jego ocenie min. *„osiągnięcie określonego standardu utrzymania drogi nie determinuje sposobu jego wykonania" (str. 13 odwołania)*. Twierdzenia takie zaprezentowane przez Odwołującego stoją w sprzeczności z charakterem prac jakie mają być realizowane przez wykonawcę wybranego w przetargu. (…)

W zakresie należytej staranności za strony Wykonawcy, w utrzymaniu w tajemnicy zastrzeżonych informacji,

Zamawiający ponownie odnosi się do wyroku KIO 623/23:*(…)* Wykonawca podał w uzasadnieniu zastrzeżenia: „*Nadto, Spółka przy podejmowaniu współpracy z podmiotami trzecimi, Spółka zawiera z takim partnerem umowę, w której to taki podmiot zobowiązuje się do zachowania w tajemnicy informacji poufnych – które to obejmują w szczególności know-how Spółki, projektów, specyfikacji, dokumentów, danych stanowiących tajemnice prawnie chronioną, które obejmują w szczególności dane osobowe klientów oraz dane objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Przedmiotowy wzór takiej umowy stanowi Załącznik nr 4. W związku z podejmowaną współpracą, partner jest zobowiązany do zachowania w tajemnicy wszelkich materiałów, dokumentów oraz informacji, w szczególności technicznych, technologicznych, handlowych i organizacyjnych. (…)"*

W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie sprostał wykazaniu, że w jego przedsiębiorstwie utrzymywana jest tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż przywoływany dowód jest niewystarczający do wykazania, że wykonawca istotnie podjął starania do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji w szczególności z uwagi na fakt, że przedstawiony wzór ma charakter blankietowy i jako taki może być uznany jedynie za deklarację, a zatem nie stanowi dowodu by wykonawca podjął realne działania w celu dochowania poufności. Załączone zostały umowy z podwykonawcami (na potwierdzenie dokonanych kalkulacji cen) – w stosunku do żadnego z tych podwykonawców Wykonawca nie przedstawił podpisanego zobowiązania do zachowania poufności. Nie wiadomo wobec tego, czy istotnie informacje są zastrzeżone przez samych podwykonawców. (…)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu.

KIO 1291/23

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B." Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. (dalej:„Odwołujący 2") 8 maja 2023 wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa" w przekazanych przez Odwołującego wyjaśnieniach treści oferty.

Treść zarzutów oraz uzasadnienie tożsame jest z treścią odwołania wniesionego w sprawie KIO 1230/23.

W złożonej pismem z 16 maja 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości. Treść odpowiedzi na odwołanie jest tożsama z treścią odpowiedzi w sprawie KIO 1230/23.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył wykonawca FBSerwis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

KIO 1301/23

W postępowaniu tym wykonawca FBSerwis Sp. z o.o. z siedziba w Warszawie (dalej:„Odwołujący 3") 8 maja 2023 wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec uznania za nieskuteczne w całości zastrzeżenia przez Odwołującego informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. oznaczonych informacji zawartych w wyjaśnieniu dotyczącym wyliczenia ceny i odtajnieniu ww. informacji przez Zamawiającego.

Odwołujący 3 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a)art. 18 ust. 1 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913; dalej: ustawa ZNK") poprzez niezasadne uznanie za nieskuteczne w całości zastrzeżenia poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, tj. wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz dowodów przedstawionych na ich poparcie i przyjęcie, że:

a.Odwołujący rzekomo nie wykazał, aby ww. informacje posiadały wartość gospodarczą, gdyż:

i.nie dokonał wyliczenia ich wartości (nie wskazał kwoty odpowiadającej ich wartości) oraz nie załączył do wyjaśnień dowodów, że przekazane informacje posiadają wartość gospodarczą,

ii.zdaniem Zamawiającego niektóre, wybiórczo wyszczególnione argumenty przedstawione przez Odwołującego jako uzasadnienie zastrzeżonych informacji, dotyczące niektórych tylko kategorii informacji (np. ofert kontrahentów), są rzekomo niezasadne,

b.Odwołujący rzekomo nie wykazał podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań mających na celu zachowanie informacji w poufności, gdyż:

i.na potwierdzenie stosowania działań zapobiegających ujawnieniu informacji przekazał rzekomo „blankietowe" oświadczenie o stosowaniu w umowach cywilnoprawnych klauzul zobowiązujących doradców do zachowania poufności,

ii.nie przedstawił dowodów wskazujących na zobowiązanie przez niego podmiotów składających oferty podwykonawcze do zachowania poufności w zakresie złożonych przez nich ofert,

iii.nie przedstawił umowy o pracę osoby, która wprawdzie nie uczestniczyła w przygotowaniu ani przetwarzaniu informacji zastrzeżonych, ale weszła w ich posiadanie po przekazaniu wyjaśnień Zamawiającemu (w drodze dostępu do platformy Zamawiającego, za pomocą której wyjaśnienia mają być przekazane),

iv.nie oznaczył przekazanych informacji w sposób odpowiedni, zgodny z postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. poz. 2452) w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie;

podczas gdy:

i.zastrzeżone informacje są odpowiednio informacjami technicznymi (co dotyczy w szczególności informacji o stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeniach), organizacyjnymi (np. w zakresie przyjętych i stosowanych procedur), handlowymi (np. w zakresie warunków współpracy z kontrahentami) oraz posiadającymi wartość gospodarczą (szczegółowo opisaną w odniesieniu do poszczególnych kategorii przekazywanych informacji, objętych zastrzeżeniem poufności), które jako całość, w tym szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane ani łatwo dostępne osobom zajmującym się tym rodzajem informacji (w szczególności konkurentom Odwołującego),

ii.przedstawienie dowodów potwierdzających wartość gospodarczą nie było możliwe, bowiem wymagałoby wykazania szkody rzeczywiście poniesionej po ujawnieniu informacji lub korzyści uzyskanej przez konkurentów w wyniku takiego ujawnienia – co w istocie stanowiłoby okoliczność przyszłą i hipotetyczną, która nie wystąpiła wobec braku ujawnienia tych informacji, a tym samym nie nadającą się do udowodnienia za pomocą żadnych środków dowodowych (nie zmaterializowaną jako fakt mający już miejsce w rzeczywistości),

iii.Odwołujący opisał, jaką wartość dla niego i jego konkurentów mają zastrzeżone informacje, tj. jakie korzyści ich pozyskanie może przynieść konkurentom wejście w posiadanie zastrzeżonych informacji i jaką szkodę może ponieść Odwołujący w razie ujawnienia zastrzeżonych informacji – co musi być uznane za wystarczające wykazanie tej wartości, w szczególności mając na uwadze, że żaden z przepisów obowiązującego prawa nie wymaga ich „wycenienia" (wskazania konkretnej kwoty odpowiadającej ich wartości), zaś rzetelne wycenienie informacji przekazywanych w ramach wyjaśnienia ceny byłoby niemożliwe zarówno z uwagi na krótki czas na ich złożenie i zastrzeżenie (termin wyznaczony przez Zamawiającego), jak i z uwagi na wysokie koszty (wymagałoby to zatrudnienia ekspertów specjalizujących się w wycenie informacji gospodarczych),

iv.tezy Zamawiającego o niezasadności argumentów Odwołującego o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji są błędne z przyczyn szczegółowo omówionych w uzasadnieniu Odwołania,

v.Odwołujący szczegółowo opisał działania, które podejmuje przy zachowaniu należytej staranności, w celu zachowania ich w poufności (zabezpieczenia techniczne i informatyczne oraz zabezpieczenia prawne, w tym monitoring wizyjny, kontrola dostępu do pomieszczeń, środki zabezpieczenia informacji przechowywanych na nośnikach informatycznych, obowiązujące w jego przedsiębiorstwie procedury, regulaminy, stosowane standardowo w umowach handlowych rozwiązania), przedstawiając również szczegółowe dowody na ich stosowanie,

vi.nieprzedstawienie umowy o pracę jednej osoby, która nie uczestniczyła w przygotowaniu wyjaśnień, zaś uzyskała dostęp do ich treści następczo, skutkiem rozwiązań funkcjonalnych platformy Zamawiającego, nie świadczy o niepodjęciu działań zapewniających poufność w sytuacji, gdy jak wskazał Odwołujący, stosuje on klauzule poufności w umowach o pracę zawartych ze wszystkimi pracownikami, a nadto zobowiązuje wszystkich pracowników do zachowania poufności dodatkowo również mocą postanowień regulaminu pracy i obowiązujących procedur (które to dokumenty zostały załączone do zastrzeganych informacji poufnych),

vii.Odwołujący wyraźnie oznaczył dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, we wszystkich tych dokumentach dokładnie wskazał, jaki ich zakres stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś niepatrzenie nazwy jednego z przekazanych plików (pliku PDF) dopiskiem „CZĘŚCIOWO TAJEMNICA PRZEDSIEBIORSTW przy jednoczesnym wyraźnym wskazaniu w jego treści, że zawiera on tajemnice przedsiębiorstwa, nie mogło samo w sobie powodować nieskuteczności zastrzeżenia, w szczególności z uwagi na to, że żaden z przepisów prawa nie przewiduje takiego skutku),

viii.jakiekolwiek argumenty Zamawiającego dotyczące niektórych kategorii informacji, zawarte w uzasadnieniu informacji o odtajnieniu wyjaśnień (np. dotyczących zastrzeżenia oferty podwykonawczej), nie mogły uzasadniać odtajnienia całości wyjaśnień (innych kategorii informacji) – których wartości gospodarczej, przedstawionej przez Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie podważył (np. informacji o stosowanych przez Wykonawcę zabezpieczeniach i potwierdzających je dowodach); a tym samym Zamawiający zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy PZP nie powinien ww. informacji ujawniać konkurentom

Odwołującego.

Odwołujący 3 wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania,

2.unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

3.nakazanie Zamawiającemu nieujawnianie informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Odwołującego jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, względnie (z ostrożności, na wypadek uznania, że Odwołujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia niektórych spośród informacji objętych zastrzeżeniem poufności)

4.nakazanie Zamawiającemu nieujawnianie tych informacji, które zostały skutecznie przez Odwołującego zastrzeżone.

Ponadto wniósł o:

5.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący 3 wskazał m.in.:

Pismem z dnia 24 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych, obejmujących 9 pozycji formularza cenowego (Tabeli Elementów Rozliczeniowych - TER). Równolegle Zamawiający skierował do Odwołującego wezwania do złożenia analogicznych wyjaśnień w trzech innych jeszcze postępowaniach (…). Odwołujący takie wyjaśnienia, w każdym z ww. czterech postępowań (w tym również w Postępowaniu, którego dotyczy to Odwołanie) przekazał Zamawiającemu w dniu 9 grudnia 2022 r. – zastrzegając jednocześnie część przekazywanych informacji jako stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa (tj. Odwołujący zastrzegł oznaczoną część wyjaśnień i wyliczeń oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a nadto niektóre z załączników dołączonych do ww. dokumentów).

Zamawiający ww. wyjaśnienia zaakceptował, uznając zastrzeżenie poufności za skuteczne, jednocześnie dokonując w dniu 28 marca 2023 wyboru oferty innego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 7 kwietnia 2023 r. Odwołujący wniósł Odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, kwestionując m.in. zaniechanie ujawnienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny złożonych przez wybranego wykonawcę, a podnosząc również zarzuty ewentualne dotyczące nieprawidłowości w wyborze oferty. Odwołanie wniósł również inny wykonawca, którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona. W dniu 19 kwietnia 2023 r. Zamawiający zamieścił na platformie elektronicznej informację o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, wnosząc jednocześnie do Krajowej Izby Odwoławczej o umorzenie postępowania odwoławczego. (…)

W dniu 26 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że postanowił o odtajnieniu złożonych przez niego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w Postępowaniu w całości (…).

Uzasadniając decyzję o odtajnieniu Zamawiający wskazał, że:

1)Odwołujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bowiem nie wycenił ich (nie wskazał konkretnej kwoty pieniężnej, która odpowiadałaby ich wartości),

2)nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tez o wartości zastrzeganych informacji,

3)przytoczył w uzasadnieniu wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie dotyczące charakteru zabezpieczeń stosowanych w celu zachowania poufności informacji – z którymi to wyrokami Zamawiający się nie zgodził, uznając stanowiska ww. sądów za sprzeczne z definicją tajemnicy przedsiębiorstwa,

4)argumentacja Odwołującego odnosząca się do tego, że w wyniku ujawnienia zastrzeżonych przez niego wyliczeń i informacji, konkurenci będą w stanie trafniej wytypować wysokość cen oferowanych w innych postępowaniach i obniżyć własne ceny ofertowe jest niezasadna, bowiem konkurenci Odwołującego szacują ceny wyłącznie na podstawie analizy indywidualnie ponoszonych przez siebie kosztów, znają już ceny Odwołującego, zaś cena zaoferowana przez niego była wysoka,

5)Odwołujący rzekomo „nie sprostał wykazaniu że w jego firmie utrzymywana jest tajemnica przedsiębiorstwa gdyż oświadczył o stosowaniu w umowach cywilnoprawnych z doradcami klauzul zobowiązujących do zachowania poufności, które to oświadczenie miało zdaniem Zamawiającego charakter „blankietowy”,

6)do załączonych ofert podwykonawczych nie załączył podpisanego przez strony zobowiązania do zachowania poufności, stąd też niewiadomym było, czy oferty były zastrzeżone przez podwykonawców oraz czy ich treści nie ujawnili sami oferenci,

7)na platformie Zamawiającego zarejestrowana jest z ramienia Odwołującego osoba, której umowy o pracę Odwołujący nie przedstawił (Pan B.M. – pracownik Odwołującego) – i zdaniem Zamawiającego nie wiadomo, czy osoba ta została zobowiązana do zachowania poufności, a tym samym w jego ocenie nie została zachowana należyta staranność w zachowaniu zastrzeżonych informacji w poufności,

8)Pliki przekazane Zamawiającemu nie zostały nazwane we właściwy sposób (zgodny z § 4 ust. 1 Rozporządzenia).

Odwołujący nie zgadza się zarówno z decyzją Zamawiającego, jak i z przedstawionymi przez niego argumentami. (…)

Ad. 1) kwestia „wyceny" wartości przekazanych informacji Stanowisko Zamawiającego zdaje się wskazywać, że dla skuteczności zastrzeżenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia jakichkolwiek informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa konieczne jest każdorazowe ich wycenienie (wycenienie każdej z zastrzeganych informacji) przez wskazanie konkretnej kwoty pieniężnej odpowiadającej ich wartości. Stanowisko Zamawiającego zdaje się przy tym wskazywać, że wobec trudności w precyzyjnym oszacowaniu takiej kwoty nie oczekiwał on od Odwołującego przedstawienia rzetelnej wyceny informacji, a jedynie podjęcia próby takiej wyceny, niekoniecznie precyzyjnej i adekwatnej (w istocie zatem dokonania wyceny w sposób nierzetelny). Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić co najmniej z kilku powodów. Po pierwsze, żaden z przepisów PZP nie wymaga, aby wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy musiało się sprowadzać do oszacowania wartości informacji w postaci przedstawienia konkretnej kwoty pieniężnej. (…) Po wtóre, jakkolwiek obecnie, w dobie społeczeństwa informacyjnego, powszechnie uznaje się informację za zasób cenny, często cenniejszy od dóbr o charakterze materialnym, to jednak wycena takich informacji jest co do zasady trudna. Zwykle bowiem wartość informacji nie wynika z nich samych, lecz z możliwości ich zastosowania oraz tego, co dzięki nim można w danym przedsiębiorstwie osiągnąć. Jakiekolwiek próby szacowania wartości poszczególnych informacji obarczone muszą być dużym marginesem błędu z tej przyczyny, że droga od pozyskania informacji do jej wykorzystania i osiągnięcia dzięki niej określonego zysku (względnie: poniesienia straty w razie jej ujawnienia innym podmiotom) jest daleka i niepewna (uzyskanie konkretnego zysku z wykorzystania informacji nigdy nie będzie pewne, lecz uzależnione od całego szeregu czynników i okoliczności, co do wystąpienia których nigdy nie ma stuprocentowej pewności). Rzetelna wycena wartości określonych informacji (sprowadzająca się do wyrażenia wartości w postaci konkretnej sumy pieniężnej) wymaga posiadania odpowiedniego przygotowania zawodowego i specjalistycznych kompetencji, których to zasobów nie posiada większość przedsiębiorców funkcjonujących na rynku (a w szczególności w obszarze utrzymania infrastruktury drogowej). (…) Po trzecie, wymaganie od wykonawcy składającego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferowanych przez siebie usług i robót budowlanych (a więc świadczeń, o których jako profesjonalista posiada odpowiednią wiedzę), jednocześnie wyliczył i skwantyfikował wartość przekazywanych przez siebie informacji (o wycenie których nic w istocie nie wie) wykraczałoby dalece poza jego możliwości i byłoby niewspółmierne (nieproporcjonalne) do celu, któremu złożenie wyjaśnień w postępowaniu o udzielenie zamówienia miałoby służyć. Prawidłowa wycena wszystkich przekazywanych informacji byłaby czasochłonna (wymagałaby nakładu pracy ekspertów w tej dziedzinie przekraczającego terminy wyznaczane typowo na udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, w tym termin pozostawiony Odwołującemu w tym postępowaniu), bardzo droga (wiążąca się z koniecznością zatrudnienia eksperta bądź zlecenia szacunku wyspecjalizowanej firmie doradczej), a przez to niemożliwa do wykonania i nieuzasadniona w ramach procedury wyjaśniania ceny (stanowiącej w istocie jedynie element ubiegania się o jedno z zamówień publicznych). (…) Nie miałoby to żadnego sensu (trudno uznać za odpowiednie uzasadnienie charakteru zastrzeganych informacji „wyliczenie" wartości dokonane w sposób nierzetelny) ani znaczenia z punktu widzenia oceny charakteru zastrzeżonych informacji (to, jaką kwotę „ustaliłby" sobie Odwołujący nie miałoby żadnego znaczenia z punktu widzenia możliwości zakwalifikowania informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa – nie jest to bowiem zależne od wysokości tej kwoty / od tego, jaka konkretnie jest ich wartość). (…)

Ad. 2) brak przedstawienia dowodów potwierdzających wartość gospodarczą zastrzeganych informacji

Oczekiwanie przez Zamawiającego, aby Odwołujący zastrzegając poufność informacji udowodnił (wykazał za pomocą środków dowodowych – co do zasady dowodów z dokumentów), jaką wartość informacje posiadają, jest zupełnie nieracjonalne. Wartość gospodarcza zastrzeżonych przez Odwołującego informacji, opisana w przedstawionym wraz z wyjaśnieniami dokumencie, wynikała z potencjalnej szkody, jaką mógłby ponieść Odwołujący w razie ujawnienia konkurentom przedmiotowych danych oraz potencjalnego zysku, który konkurenci Odwołującego mogliby z tego powodu osiągnąć. Przedmiotowe okoliczności siłą rzeczy mają charakter hipotetyczny – nie dotyczą one bowiem faktów, które już zaistniały czy zmaterializowały się (zastrzegane informacje nie zostały przecież dotąd ujawnione – w przeciwnym razie niecelowe byłoby ich zastrzeganie), lecz okoliczności, które dopiero mogłyby nastąpić w przyszłości w razie nieuzasadnionego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Udowodnienie takich okoliczności (przyszłych i niepewnych) z przyczyn obiektywnych było i jest niemożliwe – przedmiotem dowodu mogą być bowiem tylko fakty, nie zaś przewidywane konsekwencje czy ryzyka mogące dopiero zmaterializować się w przyszłości. (…)

Ad. 3) polemika Zamawiającego z tezami orzeczeń Wojewódzkich Sądów Administracyjnych Zupełnie niezrozumiałym dla Odwołującego jest podjęta przez Zamawiającego próba podważenia zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa poprzez zakwestionowanie stanowisk wyrażonych w orzecznictwie sądów administracyjnych, a dotyczących dopuszczalności zabezpieczenia informacji poufnych nawet przy pomocy „skromnych" zabezpieczeń technicznych. Okoliczność, że Zamawiający z ww. tezami orzeczniczymi się nie zgadza (nie przeciwstawiając im zresztą jakichkolwiek konkurencyjnych linii orzeczniczych czy chociażby fragmentów piśmiennictwa wyrażających pogląd przeciwny), a nawet że uznaje je za sprzeczne z literą prawa (nie prezentując w tym zakresie żadnego pogłębionego wywodu), w żaden sposób nie podważa skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego poufności. (…)

Ad. 4) rzekomy brak możliwości wykorzystania przez konkurentów Odwołującego wiedzy o kosztach ponoszonych przez niego ponoszonych Zamawiający podważa tezę Odwołującego o możliwości wykorzystania przez konkurentów informacji o elementach składowych cen zaoferowanych w Postępowaniu twierdząc, że:
a) wiedza o kosztach ponoszonych przez Odwołującego nie umożliwi konkurentom obniżenia cen przez nich oferowanych, bowiem każdy wykonawca odrębnie szacuje własną cenę wyłącznie w oparciu o ponoszone przez siebie koszty, nie kierując się możliwościami potencjalnych konkurentów,
b) skoro konkurenci Odwołującego znają ceny zaoferowane przez Odwołującego, to zapoznanie się z elementami składowymi tych cen nie pomoże im trafniej przewidywać cen Odwołującego w przyszłości,
c) Odwołujący zaoferował cenę wyższą od wielu konkurentów, zatem wiedza o kosztach (składnikach kosztotwórczych) byłaby dla konkurentów zupełnie nieprzydatna.
Każda z przytoczonych tez Zamawiającego jest błędna.
Ad. a) Zauważyć należy, że Odwołujący, uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, w żaden sposób nie twierdził, aby powzięcie przez jego konkurentów wiedzy o kosztach ponoszonych przez Odwołującego oraz stosowanej przez niego marży miało umożliwić im zaoferowanie odpowiednio niższych cen (w domyśle Zamawiającego: poprzez obniżenie własnych kosztów realizacji zamówienia). Odwołujący wskazywał jedynie, że konkurenci mogliby trafniej wytypować poziom cen oferowanych przez Odwołującego w przyszłości i tym samym ocenić, przy jakim progu cenowym (co do zasady wynikającym z przyjętego poziomu zysku/marży) mogliby złożyć ofertę korzystniejszą ekonomicznie. Odwołujący wyraźnie zaznaczył, że oferty składane w toku postępowań przetargowych nie stanowią prostego odzwierciedlenia zakładanych do poniesienia kosztów, lecz wyraz pewnego „balansowania" sprowadzającego się do zachowania równowagi pomiędzy maksymalizacją zysku z realizacji zamówienia, a jego uzyskaniem (pokonaniem konkurentów). Jest oczywistym, że poziomy cen proponowanych przez przedsiębiorców nie znajdują się zawsze na poziomie kosztów realizacji zamówienia, ale obejmują również zakładany do osiągnięcia zysk (wyższy lub niższy – w zależności od realiów rynkowych, w tym presji konkurentów rozumianej jako spodziewana możliwość zaoferowania przez konkurentów niższych bądź wyższych cen) oraz w wielu przypadkach dodatkowe środki (rezerwy) na pokrycie kosztów, które mogą, lecz nie muszą się zmaterializować (ryzyka kontraktowe). Często przecież ci sami przedsiębiorcy oferują Zamawiającym w ramach podobnych zamówień (lub nawet części zamówienia) odmienne, różniące się warunki cenowe – zakładające inne poziomy zysku czy rezerw na pokrycie nieprzewidzianych kosztów czy ryzyk kontraktowych (przyjmują w danym przypadku bardziej agresywną taktykę, podejmując pewne ryzyko straty w razie zaistnienia okoliczności nieprzewidzianych celem maksymalizacji szans na uzyskanie zamówienia, w innym zaś składają ofertę „bezpieczniejszą", a przez to droższą). (…) Takie dostosowywanie ofert składanych w postępowaniach przetargowych jest zjawiskiem często spotykanym, a przy tym jego efektywność w istocie zależy od zdolności do trafnego przewidzenia poziomu cen oferowanych przez konkurentów. W tym właśnie kontekście, jak wskazał Odwołujący w dokumencie uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 16), wejście w posiadanie informacji dotyczących sposobu szacowania cen ofertowych (ustalania przez danego wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, poziomu cen materiałów czy nawet potencjalnego zysku) dawałoby konkurentom Odwołującego przewagę przejawiającą się tym, że na podstawie tych informacji mogliby z większą precyzją oszacować poziom cen w ofertach składanych przez Odwołującego w przyszłości i tym samym tak dostosować swoją ofertę (w zakresie elementów innych niż bezpośrednie koszty realizacji usług, które w każdym przypadku muszą być poniesione), aby była ona od oferty Odwołującego odpowiednio korzystniejsza (a jednocześnie aby gwarantowała danemu przedsiębiorcy możliwie jak najwyższy zysk).
Ad. b) (…) Zamawiający pomija jednak całkowicie, że konkurenci Odwołującego nie mają wiedzy, czy zaproponowane przez niego ceny jednostkowe zostały zaproponowane na poziomie minimalnym (odzwierciedlającym jedynie podstawówce koszty bezpośrednie), czy też uwzględniają również inne składowe (narzuty, zysk, rezerwy kosztowe). Nie wiedzą zatem, czy przedmiotowe ceny mogą w przyszłości zostać obniżone (a jeśli tak – to do jakiego poziomu), ani od jakich czynników i w jakim stopniu poziom tych cen Odwołujący uzależnia. Nie wiedzą również, na ile realizacja zamówienia za zaoferowane ceny może być dla Odwołującego zyskowna (i tym samym czy w perspektywie czasu Odwołujący będzie składał oferty na tym samym poziomie, czy też oferty tańsze albo droższe). Nie jest zatem uprawnione twierdzenie – które jak się wydaje Zamawiający podziela – aby wiedza o poziomach cen jednostkowych miała dla konkurentów taki sam walor informacyjny, jak wiedza i elementach składowych tychże cen, w tym o zakładanym zysku, poziomach wynagrodzeń czy innych założeniach kalkulacyjnych.
Ad. c) Twierdzenie Zamawiającego, jakoby dane dotyczące wyliczenia ceny przez Odwołującego nie miały żadnego znaczenia dla jego konkurentów z tego powodu, że Odwołujący zaoferował ceny na poziomie wysokim pozostaje w oczywistej sprzeczności z czynnością Zamawiającego polegającą na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Powodem takiego wezwania było przecież podejrzenie Zamawiającego, że Odwołujący mógł zaoferować ceny na poziomie rażąco niskim. Odtajniając wyjaśnienia Zamawiający podważa zatem de facto własną czynność wezwania (twierdząc wprost, że Wykonawca nie zaoferował ceny niskiej, lecz wysoką, w istocie najwyższą).

Ocena w tym zakresie nie ma jednak żadnego znaczenia biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego zawartą w dokumencie uzasadniającym zastrzeżenie informacji. (…)
Na marginesie należy zauważyć, że Zamawiający zakwestionował możliwość wykorzystania przez konkurentów wiedzy o kosztach ponoszonych przez Odwołującego celem trafniejszego przewidywania poziomów cen oferowanych w przyszłych postępowaniach, jednak w żaden sposób nie podważył opisanych przez Odwołującego innych możliwości wykorzystania tej wiedzy (takich jak np. wykorzystanie informacji przy podejmowaniu decyzji dotyczących zasadności wejścia na rynek w obszarze objętym przedmiotem zamówienia, ubiegania się o określone zamówienia publiczne w związku z ustalonym poziomem konkurencji i oszacowaną na jego podstawie analizą szans na uzyskanie zamówienia, podważanie wiarygodności czy efektywności Odwołującego przed kontrahentami, czy wykorzystanie informacji o słabościach lub mocnych stronach Odwołującego w ramach rozmów negocjacyjnych w toku współpracy konsorcjalnej czy przy umowach podwykonawczych). Podważając tylko jeden z kilku w istocie niezależnych od siebie argumentów (opisanych szczegółowo na stronach 16 – 18 dokumentu uzasadniającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa), Zamawiający nie zanegował w istocie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.
Ad. 5) (…) Umknęło, jak się wydaje, uwadze Zamawiającego, że Odwołujący przedstawił kopię takiej umowy cywilnoprawnej (faktycznie zawartej) z radcą prawnym świadczącym pomoc prawną i uczestniczącym w przygotowaniu wyjaśnień oraz zastrzeżenia (a jednocześnie autorem Odwołania) oraz umowy zawartej z adwokatem (który w przygotowaniu wyjaśnień bezpośrednio nie uczestniczył). W obu tych umowach zostały zawarte postanowienia o zachowaniu poufności (pkt 8 obu umów). (…)
Ad. 6) (…) Odwołujący nie przedstawił przedmiotowej oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa podwykonawcy (w odniesieniu do której to podwykonawca, jako inicjujący ochronę informacji, miałby podjąć działania mające na celu zapobiegnięcie ujawnieniu), lecz jako tajemnicę własnego przedsiębiorstwa (mającą znaczenie i wartość gospodarczą przede wszystkim z punktu widzenia jego interesu ekonomicznego). Nie jest zatem istotne, czy podwykonawca (autor oferty) zastrzegł jej poufność (w drodze zamieszczania w jej treści stosownego zastrzeżenia), lecz to, czy takie działania podjął Odwołujący. A takie działania Odwołujący wykazał, przedstawiając dowody na ich stosowanie (w szczególności zabezpieczenia techniczne i fizyczne, rozwiązania organizacyjne/procedury, klauzule prawne i kadrowe, zobowiązujące pracowników do zachowania poufności). Z kolei podpisanie oczekiwanego przez Zamawiające „zobowiązania do zachowania poufności" nie jest działaniem praktykowanym przez Odwołującego w kontaktach handlowych. Tego rodzaju zobowiązania podpisywane są typowo w sytuacji, gdy to podmiot zainteresowany ochroną ujawnia innemu przedsiębiorcy własne tajemnice – a taka sytuacja nie miała tutaj miejsca. Co do zasady w relacjach handlowych inicjatywa zawarcia umowy o zachowaniu poufności wychodzi od strony ujawniającej informację – którą w omawianym przypadku byli podwykonawcy, nie zaś od podmiotu uzyskującego informację – w tym przypadku Odwołującego). (…)
Praktyka pokazuje, że do zachowania poufności informacji uzgadnianych w trakcie negocjacji czy procesu pozyskiwania ofert nie jest konieczne w każdym przypadku podpisywanie umów o zachowaniu poufności – tym bardziej, że żaden przedsiębiorca, w szczególności mikroprzesiębiorca lub mały przedsiębiorca, nie ogłasza publicznie, jakie oferty składa innym uczestnikom obrotu gospodarczego (bowiem w ten sposób podważałby tylko swoją własną wiarygodność jako partnera handlowego). (…)
Ad. 7) Odwołujący potwierdza, że osoba wskazana przez Odwołującego (Pan B.M. – pracownik działu przygotowania ofert), wprawdzie nie uczestniczyła w przygotowaniu wyjaśnień i ich przekazaniu Zamawiającemu, jednak z uwagi na rozwiązania techniczne obowiązujące na platformie elektronicznej Zamawiającego, po ich przekazaniu mogłaby teoretycznie pozyskać przekazane informacje. Jednakże nieprzekazanie Zamawiającemu kopii umowy o pracę zawartej z ww. osobą w żaden sposób nie może oznaczać tego, aby Odwołujący nie podjął należytych działań w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Wynika to z następujących okoliczności:
• po pierwsze, jak nietrudno ustalić, umowy o pracę w organizacji Odwołującego są ustandaryzowane – we wszystkich załączonych umowach zawarte są tożsame postanowienia, w tym w szczególności postanowienia o poufności (odpowiednio § 4 umów zawartych w 2013 i w 2016 r. oraz § 5 umów zawartych później), stąd też uzasadniony jest wniosek, że również w umowie o pracę Pana B.M. taki zapis się znajduje,
• po wtóre, każdego z pracowników obowiązują załączone przez Odwołującego procedury – w szczególności te zobowiązujące do zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,
• po trzecie, w organizacji Odwołującego obowiązuje regulamin pracy (załączony do wyjaśnień – w wersji obowiązującej w dacie złożenia wyjaśnień) – który niezależnie od postanowień poszczególnych umów o pracę również obliguje pracowników do zachowania w tajemnicy informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego(…)
Ad. 8) (…) Dla porządku wskazać należy, że zarzut w tym zakresie, jak można domniemywać (Zamawiający nie wyraził się w tym zakresie precyzyjnie), miałby dotyczyć tylko jednego z przekazanych przez Odwołującego plików – dokumentu zatytułowanego „0.wyjaśnienia RNC GDDKiA Poznań Mosina.pdf" – w którego nazwie faktycznie zabrakło oznaczenia „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA" (choć w jego treści, przed pojawieniem się jakichkolwiek informacji stanowiący

tajemnicę znalazło się zastrzeżenie, że dokument zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa, której zakres został szczegółowo oznaczony kolorem szarym). We wszystkich pozostałych dokumentach, które tajemnicę przedsiębiorstwa zawierają, znalazł się dopisek „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA", względnie „częściowo TAJEM. PRZED.". Jednak wywodzenie daleko idących skutków z faktów pominięcia w nazwie jednego z plików dopisku „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA" nie znajduje żadnego uzasadnienia. Przywołany przepis Rozporządzenia (§ 4 ust. 1) nie wymaga, aby „odpowiednie oznaczenie" pliku zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa znalazło się w nazwie pliku – stąd uzasadnione jest twierdzenie, że może się ono znaleźć również w jego treści (a więc również może być dokonane w taki sposób, jak zrobił to Odwołujący w przypadku pliku „0.wyjaśnienia RNC GDDKiA Poznań Mosina.pdf". Tym niemniej, nawet gdyby przyjąć stanowisko przeciwne – sprowadzające się do konieczności oznaczenia pliku zawierającego tajemnicę w jego nazwie – to naruszenie tak rozumianego obowiązku nie mogłoby stanowić dostatecznej podstawy do przyjęcia, aby zastrzeżenie tajemnicy było nieskuteczne. (…) Żaden z przepisów (w szczególności przepisów Rozporządzenia) nie przewiduje natomiast takiej sankcji za przekazanie pliku nieoznaczonego (w jego nazwie) jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, która prowadziłaby do nieważności/nieskuteczności zastrzeżenia tajemnicy. (…)

Reasumując powyższe wskazać należy, że Odwołujący zastrzegając część informacji przekazywanych w ramach wyjaśnienia ceny wykazał, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa bowiem:

- Odwołujący wykazał wartość zastrzeganych informacji (przy czym wykazał ją odrębne w stosunku do poszczególnych kategorii informacji), opisując dokładnie z czego wywodzi możliwą do poniesienia szkodę w razie ich ujawnienia lub zysk innych podmiotów wynikający z ich pozyskania,
- zamawiający nawet nie podjął próby podważenia wartości gospodarczej zasadniczej części przekazanych informacji (np. informacji o podejmowanych działaniach w celu zachowania poufności i stosowanych zabezpieczeniach), zaś wartość innych danych podważył jedynie częściowo (odnosząc się tylko do części argumentacji Odwołującego, a pomijając inne podniesione argumenty – w szczególności dotyczy to wartości gospodarczej danych składowych stanowiących elementy kosztowe zaoferowanych cen oraz ofert podwykonawczych),
- Odwołujący wykazał i udowodnił, jakie działania podjął w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności (przedstawiając środki zarówno prawne (klauzule umowne, regulaminy, procedury), jak i fizyczne (ochrona siedzib, kontrola dostępu, sejfy), techniczne (monitoring wizyjny, bezpieczne niszczenie dokumentów) i informatyczne (zabezpieczenia sprzętu i urządzeń, zabezpieczenie łączności internetowej),
- wykazane działania muszą być uznane za adekwatne i potwierdzające zachowanie należytej staranności w zabezpieczeniu informacji. (…)

W złożonej pismem z 15 maja 2023 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp odwołanie podlega uwzględnieniu jedynie wówczas, gdy naruszenie Zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego tj. mającego wpływ na wynik postępowania. W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. (…)

Zamawiający stoi na stanowisku, że Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą, oraz, że nie są łatwo dostępne lub powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani, że podjął, zachowując należytą staranność, działania mające na celu zachowanie ich w poufności. (…)

Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że:

„Zwykle bowiem wartość informacji nie wynika z nich samych, lecz z możliwości ich zastosowania oraz tego, co dzięki nim można w danym przedsiębiorstwie osiągnąć. Jakiekolwiek próby szacowania wartości poszczególnych informacji obarczone muszą być dużym marginesem błędu z tej przyczyny, że droga od pozyskania informacji do jej wykorzystania i osiągnięcia dzięki niej określonego zysku (względnie: poniesienia straty w razie jej ujawnienia innym podmiotom) jest daleka i niepewna (uzyskanie konkretnego zysku z wykorzystania informacji nigdy nie będzie pewne, lecz uzależnione od całego szeregu czynników i okoliczności, co do wystąpienia których nigdy nie ma stuprocentowej pewności)."

W odwołaniu, podobnie, jak w piśmie uzasadniającym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący jedynie podejmuje próbę przeforsowania własnego przekonania o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Znów brak jest jakichkolwiek dowodów na

potwierdzenie prezentowanych tez, a jedynie pojawiają się oświadczenia, że wartości tej nie da się oszacować. Jeśli wartość gospodarcza nie jest wprost możliwa do wykazania, a mowa jedynie o wartości niepewnej, co do której nie ma stuprocentowej pewności, jaka ona będzie – to zdaniem Zamawiającego tej wartości gospodarczej nie wykazano. (…)

Odwołujący podaje też: *„(…) nie zawsze wykazanie wartości zastrzeganych informacji odpowiednią kwotą będzie możliwe*

– a wówczas wystarczające jest przedstawienie znaczenia
informacji dla konkurentów wykonawcy. Tak właśnie wartość zastrzeganych informacje Odwołujący wykazał."
Odwołujący jedynie oznajmia, że „wykazał" wartość gospodarczą. Zamawiający nie zgadza się z tym całkowicie albowiem w myśl uzasadnienia wyroku KIO z dnia 20.03.2023r (sygnatura KIO 623/23, dalej jako KIO 623/23), obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu KPC. (…)
W niniejszej sprawie konkretne, finansowe informacje odnośnie wartości gospodarczej zastrzeżonej tajemnicy nie zostały złożone a jedynie zadeklarowane, bez dowodów na ich poparcie. Co więcej sam Odwołujący potwierdza, że nie jest w stanie ich określić pisząc w Odwołaniu: *„Rzetelna wycena wartości określonych informacji (sprowadzająca się do wyrażenia wartości w postaci konkretnej sumy pieniężnej) wymaga posiadania odpowiedniego przygotowania zawodowego i specjalistycznych kompetencji, których to zasobów nie posiada większość przedsiębiorców funkcjonujących na rynku (a w szczególności w obszarze utrzymania infrastruktury drogowej). Takiej wiedzy nie posiada również Odwołujący (…)".*
Wykonawca w przypadku braku możliwości określenia w sposób jednoznaczny wartości finansowej informacji powinien alternatywnie przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. (…)
Natomiast Odwołujący zamiast stawić czoła problemowi jakim jest wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych informacji stosuje chwyty retoryczne aby podjąć polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego (…)
Ponadto należy zauważyć, że informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie w działalności gospodarczej. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby zastrzeżone informacje
posiadały wartość gospodarczą. (…)
Wobec powyższego, określenia jakich używa Odwołujący w uzasadnieniu utajnienia swoich dokumentów w postaci: „*W tym kontekście wejście w posiadanie informacji dotyczących sposobu szacowania cen ofertowych (ustalania przez danego wykonawcę kosztów realizacji zamówienia, poziomu cen materiałów czy nawet potencjalnego zysku) dawałoby konkurentom*
Wykonawcy przewagę przejawiającą się tym, że na podstawie tych informacji mogliby z większą precyzją oszacować poziom cen w ofertach składanych przez Wykonawcę w przyszłości i tym samym tak dostosować swoją ofertę, aby była od oferty Wykonawcy odpowiednio korzystniejsza", w żaden sposób nie wyjaśniają jak miałoby to się odbyć. Jak konkretnie zastrzeżone informacje miałyby wpłynąć na przewagę konkurentów, jakie konkretne szkody (zmniejszenie wartości w obrocie gospodarczym) miałby Odwołujący ponieść – tego Odwołujący nie określił. (…)
Warto wskazać, że kalkulacja oferty musi nastąpić wg reguł określonych w SWZ oraz OPZ a także SST, a zatem szczegółowe czynności, technika realizacji zadania jest narzucona przez Zamawiającego. Elementy niezbędne do wyliczenia oferty są równe i jawne dla wszystkich uczestników postepowania. Jawne jest także dotychczasowe doświadczenie wykonawcy, jeśli
brał udział w innych zamówieniach publicznych. Jednakowe dla wszystkich wykonawców są zatem podstawy wyliczeń, metodologie realizacji zadania, z która wiążą się łatwo przewidywalne stałe koszty realizacji tych zadań. (…)
Wykazaniem wartości gospodarczej nie może być przytoczenie bogatego orzecznictwa bowiem te nie stanowią o zindywidualizowanej sytuacji, jaka występuje w przedsiębiorstwie
(…)
Wykonawca przytoczył m.in.: „Utrzymanie danych informacji jako tajemnicy wymaga więc podjęcia przez przedsiębiorcę działań zmierzających do wyeliminowania możliwości dotarcia do nich przez osoby trzecie w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań" oraz „wystarczające jest zamanifestowanie woli ochrony poprzez nawet najskromniejsze zabezpieczenie techniczne", podczas gdy ustawa ZNK mówi, że informacje można traktować jako tajemnice przedsiębiorstwa „o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności". „Bez konieczności podejmowania szczególnych starań" nie może być zinterpretowane jako wypełniające przesłanki w zacytowanym fragmencie przepisu ustawy ZNK, wręcz stanowi to jego zaprzeczenie. (…)
Ponadto Wykonawca twierdzi, że „*Wskazane powyżej informacje zawierają szczegółowy sposób obliczenia przez Wykonawcę kosztów i mogą zostać wykorzystane przez konkurentów".* (…)
Jest to kuriozalny argument, ponieważ z jednej strony Odwołujący składając ofertę oświadcza, że sporządził ją starannie, zgodnie z wytycznymi wynikającymi z dokumentacji postępowania i w oparciu o szczegółowe wyliczenia wewnętrzne, nadto w wyjaśnieniach do RNC szczegółowo wskazuje jakie są składowe zaoferowanej ceny, a z drugiej strony w odwołaniu
szeroko rozpisuje się o stosowanej przez niego metodzie „balansowania poziomem cen" i dostosowywania ich wysokości do przewidywań ofert konkurentów. Argumentacja taka podważa zaufanie do rzetelności sporządzonej oferty, a już na pewno do złożonych wyjaśnień w zakresie RNC. (…)

Jeśli Wykonawca sporządzając ofertę opiera się w większości o własne przewidywania, prognozy i spodziewany balans cenowy to takie podstawy cenotwórcze nie mają wartości gospodarczej i nie powinny podlegać ochronie. (…)
W jaki też sposób są utrwalone i jak chronione przed ujawnieniem? W załącznikach zastrzeżonych brak jest jakichkolwiek dokumentów utrwalających taką taktykę w sposób możliwy do zapoznania się z nią osób trzecich. (…)
Wykonawca nie sprostał wykazaniu, że w jego firmie utrzymywana jest tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji tak określonych przez niego w niniejszym postępowaniu. (…)
Mimo deklaracji Wykonawcy, że informacje te stanowią tajemnice przedsiębiorstwa, nie wiadomo, czy istotnie informacje te są zastrzeżone przez samych podwykonawców, oraz czy
nie ujawnili oni ich już innym osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie
są łatwo dostępne dla takich osób. Argumentacja oparta na wzajemnym zaufaniu stron umowy
podwykonawczej i wywodzenie z tego faktu stanu tajemnicy przedsiębiorstwa takiej umowy jest w całkowitej kontrze do wcześniej podjętych przez Odwołującego starań formalnych (regulaminy, zabezpieczenia fizyczne, oświadczenia od pracowników, współpracowników). Jak wynika z utrwalonej judykatury i piśmiennictwa, Wykonawca musi podjąć środki organizacyjne i techniczne w celu zachowania tajemnicy. (…)
Nadto mając na uwadze, że Odwołujący jest podmiotem mającym szeroki portfel zamówień publicznych to umowy z podwykonawcami co do zasady mogą być dostępne dla osób trzecich z uwagi na prawo dostępu do informacji publicznej obejmującej świadczenie usług publicznych oraz obowiązek przedkładania umów podwykonawczych do akceptacji Zamawiającemu. (…)
Odwołujący ponownie wskazuje, że warunki techniczne dla plików przekazywanych w postępowaniu są szczegółowo określone w § 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452) określa, że „*W przypadku gdy dokumenty elektroniczne w postępowaniu lub konkursie, przekazywane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), wykonawca, w celu utrzymania w poufności tych informacji, przekazuje je w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku.*” Wymóg formalny w tym zakresie, w przypadku wyjaśnień złożonych przez FBSerwis nie został spełniony. Pliki nie zostały nazwane we właściwy sposób. Ponadto wiele plików zawiera informacje jawne i tajemnicę przedsiębiorstwa równocześnie, a w myśl przywołanego rozporządzenia informacje takie powinny być wydzielone do odpowiednio nazwanych plików. (…)

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. oraz Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

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 oraz Uczestników postępowania 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 odwołań, 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 1, 2 i 3 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:

1. Wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu – KIO 1230/23
2. Wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie – KIO 1291/23
3. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – KIO 1291/23
4. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDiA Spółka z o.o. z siedzibą w Oleśnicy, BADER-DROG Sp. o.o. Sp.k. z siedzibą w Łubowie, T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa T. B. – KIO 1301/23
5. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Z. U. Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, Abramss Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – KIO 1301/23

Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że nie zasługują one na

uwzględnienie.

Skład orzekający w pełni akceptuje i odwołuje się do uwag natury ogólnej dotyczących jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa wyrażonych w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. w sprawie o sygn. KIO 623/23, uznając je za kompleksowe i wyczerpujące, a w konsekwencji nie widząc potrzeby ich powielania.

Nadto, za zbędne uznać należy przytaczanie definicji jawności postępowania oraz tajemnicy przedsiębiorstwa opartej na piśmiennictwie i orzecznictwie wobec ich powszechnej dostępności i przytoczenia w pismach procesowych Stron.

KIO 1230/23, KIO 1291/23

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 1 i 2 są zbyt ogólne. Z wyjaśnień nie wynika, że faktycznie mamy do czynienia z jakąś unikalną metodą kalkulacji podlegającą ochronie. Co równie istotne, przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, jest to standardowa usługa utrzymania dróg.

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 powinni liczyć się z tym, że oferta oraz inne dokumenty (w szczególności kalkulacja ceny) składane w toku postępowania, będą jawne.

W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego 1 i 2 uznając, że Odwołujący nie wykazali, iż zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą oraz nie są łatwo dostępne lub powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani, że podjął, zachowując należytą staranność, działania mające na celu zachowanie ich w poufności. Odnosząc się do argumentów Odwołującego 1 i 2, Izba wskazuje, co następuje:

Odwołujący zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa szczegółową kalkulację ceny ofertowej wyjaśniając, iż zawiera ona ceny jednostkowe, stosowane marże, narzuty oraz zysk, a koszty te opierają się m.in. na ofertach składanych przez kontrahentów. Nie można tracić z pola widzenie, iż Odwołujący przedłożyli standardowy kosztorys szczegółowy, który to z zasady obejmuje cenę jednostkową, marże, zysk itp.

Odwołujący podnosili, że podane w TER ceny jednostkowe oparte są na doświadczeniu wykonawcy, który to prowadzi kilka umów o takiej samej tematyce. Wybrane pozycje cenowe zostały przyjęte na podstawie ofert kontrahentów. Co za tym idzie ujawnienie tych informacji ułatwiłoby przewidywanie przez konkurencyjne podmioty poziomu cen Odwołujących w przyszłych przetargach – poprzez ich kalkulowanie na odpowiednio niższym poziomie, prowadząc tym samym do zaburzenia pozycji Odwołujących na rynku.

Niewątpliwie 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. W ocenie Izby Odwołujący 1 i 2 nie wykazali aby sporządzone przez nich kalkulacje posiadały obiektywną wartość gospodarczą, a ujawnienie tych informacji zaburzy ich pozycję na rynku. Przede wszystkim 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. Z kolei ceny wskazane w ofertach kontrahentów również mogą ulec zmianie – nie są to bowiem ceny stałe. Biorąc powyższe pod rozwagę nie istnieje zagrożenie, aby na podstawie cen jednostkowych i ofert kontrahentów (przy braku stabilizacji cen na rynku) możliwe było odtworzenie strategii biznesowej Odwołujących czy też trafnego przewidywania przyszłych cen.

W ocenie Izby obawy Odwołujących co do możliwości przejęcia lub podkupienia przez podmioty konkurencyjne osób zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia są bezzasadne. Słusznie zauważył Zamawiający, że informację o podwykonawcach można uzyskać w drodze dostępu do informacji publicznej. Reasumując, ujawnienie wskazanych wyżej informacji nie pociąga za sobą negatywnych konsekwencji dla Odwołujących.

Zdaniem Izby, załączniki przedłożone do wyjaśnień, tj. regulamin kontraktowania, regulamin pracy, polityka bezpieczeństwa Spółki, zasady zachowania poufności, umowy ramowe z kontrahentami nie zawierają żadnych wyjątkowych informacji. Ogólność zastrzeżonych informacji dyskwalifikuje ich obiektywną wartość gospodarczą, bowiem w przypadku ich ujawnienia nie będą one użyteczne dla podmiotów konkurencyjnych.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z treścią polityki bezpieczeństwa Spółki o zakwalifikowaniu danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa decyduje inspektor ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dalej, uprawnieni do dostępu do tajemnicy przedsiębiorstwa są wyłącznie pracownicy, którzy otrzymali od inspektora pisemne upoważnienie do dostępu do tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, po ich zakwalifikowaniu jako takie

przez inspektora, są wprowadzane do Bazy Informacji Stanowiących Tajemnicę Przedsiębiorstwa. Odwołujący 1 i 2 w żaden sposób nie wykazali aby zastrzeżone przez nich informacje zostały zakwalifikowane przez inspektora ochrony (nota bene nieznanego z imienia i nazwiska) jako tajemnica przedsiębiorstwa. Brak jest również upoważnień wydanych przez tegoż inspektora. Odwołujący nie wskazali również, że zastrzeżone przez nich informacje zostały wprowadzone do Bazy Informacji Stanowiących Tajemnicę Przedsiębiorstwa. Trudno zatem przyznać rację Odwołującym, że faktycznie zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa skoro sami zainteresowanie nie przeprowadzili odpowiedniej procedury opisanej w polityce bezpieczeństwa Spółki.

Nie bez znaczenie jest również fakt, iż Odwołujący 2 przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1301/23 po stronie Zamawiającego. Skoro Odwołujący 2 uważa, że szczegółowa kalkulacja ceny stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa to całkowicie niezrozumiałe jest kwestionowanie tożsamej informacji zastrzeżonej przez podmiot konkurencyjny. Odwołujący 2 jest niekonsekwentny, z jednej strony uważa za zasadne ochronę szczegółowej kalkulacji ceny bowiem gwarantuje ona konkurencyjność i uzyskanie zamówień publicznych, a co za tym idzie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, z drugiej twierdzi, że kalkulacja ceny podmiotu konkurencyjnego taką ochroną nie powinna zostać objęta.

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

KIO 1301/23

Wyżej wskazana argumentacja ma zastosowanie również w przedmiotowej sprawie. W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień Odwołującego 3 uznając, że Odwołujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą oraz nie są łatwo dostępne lub powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani, że podjął, zachowując należytą staranność, działania mające na celu zachowanie ich w poufności. Odnosząc się do argumentów Odwołującego, Izba wskazuje, co następuje:

Wyjaśnienia Odwołującego są zbyt ogólne. Z wyjaśnień nie wynika, że faktycznie mamy do czynienia z jakąś unikalną metodą kalkulacji podlegającą ochronie. Przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, nie ma również problemów z dostępem do podwykonawców czy też dostawców.

Odwołujący nie wykazał jaką wartość gospodarczą maja zastrzeżone przez niego informacje. Przy tego typu usługach nazwy dostawców czy też usługodawców nie są wiedzą tajemną do której dostęp ma wyłącznie Odwołujący. 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. Jednakże ujawnienie tego typu informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publiczne nie osłabi pozycji Odwołującego na rynku.

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.

Izba zgadza się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 623/23, że każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, 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.

Warto również zwrócić uwagę, że Odwołujący 1, 2 i 3 nie są podmiotami, które dopiero stawiają pierwsze kroki na rynku zamówień publicznych. Z treści wyjaśnień wynika, że każdy z Odwołujących posiada odpowiednie, wieloletnie doświadczenie, ma 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.

Nie bez znaczenie jest również fakt, iż Odwołujący 3 przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1291/23 po stronie Zamawiającego. Skoro Odwołujący 3 uważa, że szczegółowa kalkulacja ceny może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa to całkowicie niezrozumiałe jest kwestionowanie tożsamej informacji zastrzeżonej przez podmiot konkurencyjny. Odwołujący 3 jest niekonsekwentny, z jednej strony uważa za zasadne ochronę szczegółowej kalkulacji ceny bowiem gwarantuje ona konkurencyjność i uzyskanie zamówień publicznych, a co za tym

idzie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, z drugiej twierdzi, że kalkulacja ceny podmiotu konkurencyjnego taką ochroną nie powinna zostać objęta.

Mając powyższe na uwadze, skład orzekający rozpoznający zarzuty 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 § 5 pkt 1) 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).