**Sygn. akt: KIO 1253/25**

**WYROK**

Warszawa, dnia 5 maja 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca:Aleksandra Kot

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu1 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący") w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający"),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu (dalej: „Przystępujący")

**orzeka:**

1.Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Załącznikach nr 4.1-4.6 i nr 6 do wyjaśnień w sprawie ceny oferty z dnia 6 marca 2025 r. w całości.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 90 zł 00 gr (słownie: dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 690 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.

3.Nakazuje dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej kwotę nadpłaconą ponad należny wpis od odwołania.

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

Przewodnicząca:…….

**Sygn. akt KIO 1253/25**

**Uzasadnienie**

Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu z siedzibą w Poznaniu(dalej: „Zamawiający" lub „WZDW") prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 431 Mosina – Kórnik w miejscowości Mieczewo" (Nr referencyjny: WZP.271-12/25, dalej: „Postępowanie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 stycznia 2025 r. pod numerem: 2025/BZP 00059452/01.

1 kwietnia 2025 r. wykonawca Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący" lub „Terlan") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego i zaniechań czynności w Postępowaniu, polegających na:

1)zaniechaniu odtajnienia i odmowy udostępnienia Odwołującemu załączników do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu(dalej: „COLAS") z dnia 6 marca 2025 r., tj. kalkulacji ceny oferty COLAS oraz ofert podwykonawców zamawianych robót budowlanych złożonych wraz z wyjaśnieniami ceny oferty COLAS;

2)dokonaniu wyboru oferty wykonawcy COLAS, co do której Zamawiający nie dokonał należytego badania skuteczności wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie zastrzeżonych elementów wyjaśnień dotyczących ceny tej oferty i w efekcie zaniechał ich odtajnienia, czym uniemożliwił weryfikację wybranej oferty co do jej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.") poprzez

zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień w sprawie ceny oferty COLAS w postaci ofert podwykonawców oraz kalkulacji ceny oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 marca 2025 r.,

2)odtajnienie i udostępnienie Terlan wyjaśnień w sprawie ceny oferty COLAS w całości, tj. wraz z wszystkimi załącznikami.

25 kwietnia 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2025 r. wykonawca COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z pkt 5.1. Specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") przedmiotem zamówienia jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 431 Mosina – Kórnik w miejscowości Mieczewo.

3 marca 2025 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 244 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny. WZDW wskazał, że cena zaoferowana przez COLAS wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez WZDW lub wynikającymi z odrębnych przepisów oraz jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, pomniejszonej o 30 %.

6 marca 2025 r. Przystępujący udzielił żądanych wyjaśnień, przy czym zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w Załącznikach nr 4.1-4.6 (oferty podwykonawców) oraz w Załączniku nr 6 (Szczegółowe wyliczenie kosztów zamówienia) w całości.

27 marca 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy COLAS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu.

W tym samym dniu WZDW przekazał Terlan, w odpowiedzi na jego wniosek o udostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez COLAS, jedynie treść części jawnej wyjaśnień wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp:

„1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5".

Art. 11 ust. 2 u.z.n.k. stanowi, że „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności".

Mają na uwadze wyżej wymienione przepisy należy wskazać, że art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Wyżej wymieniona zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 przytoczonego przepisu, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k., jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z przywołanego przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie ugruntowany pogląd wyrażany przez Krajową Izbę Odwoławczą zarówno na kanwie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm., dalej: „ustawa Pzp2004") jak i aktualnie obowiązującej ustawy Pzp, zgodnie z którym użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia" (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21; z dnia 18 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 506/21; z dnia 2 grudnia 2019 r. sygn. akt: KIO 2284/19, KIO 2288/19; z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22 oraz z dnia 27 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 674/23). Podobnie wypowiada się również Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych, który w swoich orzeczeniach wskazuje, że przewidziany przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp2004 (obecnie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp) obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm., dalej: „k.p.c.") (zob. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych: z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz z dnia 24 lutego 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 133/21; por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 listopada 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 87/21).

Następnie należy podkreślić, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. I tak zgodnie z wyżej wymienionym przepisem, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności. Innymi słowy, w sytuacji, gdy okaże się, że choć jedna z przywołanych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

W szczególności należy zauważyć, że przesłanka dotycząca wartości gospodarczej odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Zatem każda informacja, o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. musi przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczy przyjmuje się, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne

uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Ponadto przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istnienie owej szkody musi mieć jednak wymiar obiektywny, co oznacza że samo przekonanie wykonawcy o wartości przekazywanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 28 lipca 2022 r. o sygn. akt KIO 1810/22, z dnia 4 sierpnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1823/22, z dnia 29 marca 2021 r. o sygn. akt KIO 720/21 oraz z dnia 6 grudnia 2021 r. o sygn. akt KIO 3334/21 ). Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczyi Zamówień Publicznych w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 24/23: „(…) Subiektywne przekonanie wykonawcy, że dane informacje stanowią jego know-how, jest niewystarczające. Również samo oświadczenie o zastrzeżeniu danej informacji nie jest wystarczającym działaniem zmierzającym do zachowania danej informacji w poufności (…); (…) samo oświadczenie i deklaracja zastrzegającego w tym zakresie to zdecydowanie za mało, by uznać wymóg wykazania wartości gospodarczej lub charakteru informacji za spełniony. Zwłaszcza, że wartość gospodarcza musi mieć charakter obiektywny, oderwany od subiektywnej oceny i stanowiska zastrzegającego. Oczywistym jest bowiem, że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego, mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakąkolwiek wartość dla innych podmiotów. Wykonawca powinien zatem wykazać, że takie informacje mogą być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać (…)” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21).

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, że powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Wobec powyższego należy przyjąć, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Każda spóźniona próba wykazania zasadności utajnienia danych informacji winna być zatem uznana za bezskuteczną, ponieważ ustawodawca nie pozostawił żadnych wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak wykazania w złożonym uzasadnieniu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub złożenie uzasadnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane, jako rezygnacja z – przewidzianej przepisami ustawy Pzp – ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji.

Co więcej, wymaga pokreślenia, że w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp mowa jest o informacji, a nie o dokumencie, a zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów, jeśli niektóre części dokumentów nie są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce. Zastrzeganie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane (zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 lutego 2017 r. o sygn. akt KIO 242/17, KIO 258/17 oraz z dnia 26 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2063/18). Innymi słowy zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych tylko konkretne informacje mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie całe dokumenty. Jak bowiem stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z dnia 1 października 2021 r. w sprawie oznaczonej sygn. akt XXIII Zs 53/21 „(…) Taka metodologia działania (...), tj. objęcie tajemnicą całego pisma, a nie konkretnych informacji była nieprawidłowa, pozostawała bowiem nie tylko w sprzeczności z normą prawną z art. 8 sPzp (który dopuszcza zastrzeganie tylko informacji, a nie całych pism), ale też utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych argumentów (...) co do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w omawianym piśmie (…)” (por.: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 679/23, z dnia 8 lutego 2022 r. o sygn. akt KIO 197/22, z dnia 22 kwietnia 2021 r. o sygn. akt KIO 715/21 oraz z dnia 24 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 10/24).

Przenosząc powyższe rozważania prawne na kanwę niniejszej sprawy wskazać należy, że Przystępujący, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W pierwszej kolejności wymaga zaznaczenia, że niezwykle istotna okoliczność dla rozstrzygnięcia poczynionego przez Izbę wynika z tego, że wykazanie

przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi zostać Zamawiającemu przedstawione w momencie przekazania informacji objętych zastrzeżeniem, a zatem w okolicznościach przedmiotowej sprawy COLAS powinien wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w momencie złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Tym samym uzupełnianie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa o nową argumentację przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 24 kwietnia 2025 r. oraz podczas rozprawy, a także w oparciu o dowody załączone do rzeczonego stanowiska procesowego, należało uznać za spóźnione i z tych względów nie mogło zostać wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Mając na uwadze powyższe skład orzekający dokonując oceny tego, czy w Postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez WZDW dokumentów zastrzeżonych przez COLAS jako tajemnica przedsiębiorstwa, analizował treść pisma „Uzasadnienie zastrzeżenia Tajemnicy Przedsiębiorstwa" stanowiącego Załącznik nr 1 do wyjaśnień w sprawie ceny oferty z dnia 6 marca 2025 r., na podstawie którego Zamawiający badał zasadność i skuteczność zastrzeżenia Załączników nr 4.1-4.6 i nr 6.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający uznał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe i lakoniczne, zawiera w istocie jedynie frazesy, z których nie płyną żadne konkretne informacje wymagane art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Należy odnotować, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa oferty podwykonawców, którzy mają zrealizować większość zakresu prac przedmiotu zamówienia oraz szczegółową kalkulację kosztów wykonania zamówienia. Analiza treści „Uzasadnienia zastrzeżenia Tajemnicy Przedsiębiorstwa" wskazuje, że ma ono charakter zwykłej sztampowej deklaracji (zapewnienia) i z pewnością nie można w tym przypadku mówić o jakimkolwiek wykazaniu wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji. Wszelkie twierdzenia Przystępującego w tym zakresie zostały bowiem oparte o stwierdzenia natury ogólnej dotyczące możliwości uzyskania hipotetycznej i bliżej nieokreślonej przewagi konkurencyjnej przez innych wykonawców po zapoznaniu się z treścią zastrzeżonych załączników. COLAS ograniczył się do wskazania, że: „(…) informacje o cenie mają dla Wykonawcy wartość gospodarczą co w tym zakresie odwołuje się do komercyjnego aspektu tajemnicy przedsiębiorstwa i oznacza, że chodzi o uzyskane oferty handlowe, ceny oraz sposób kalkulacji ryzyka (i zakładanego zysku), których wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę, może nie tylko zaoszczędzić mu wydatków lub zwiększy jego zyski, a co więcej których ujawnienie pociągnie za osobą negatywne konsekwencje dla pozycji rynkowej Colas Polska Sp. z o.o. Wykonawca poniższe informacje uznaje za strategiczne dla funkcjonowania swojego przedsiębiorstwa na rynku konkurencyjnym zamówień na roboty budowlane, a ich ujawnienie może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej (…); (…) każdy z oferentów mógł przyjąć własny sposób kalkulowania cen jednostkowych. Ceny w przedmiotowym postępowaniu zostały skalkulowane na podstawie wydajności robót określonych na podstawie wieloletniego doświadczenia Wykonawcy przy kalkulowaniu i wykonawstwie robót związanych z budową i modernizacją infrastruktury drogowej i zawiera rzeczywiste, a nie teoretyczne nakłady potrzebne dla wykonania poszczególnych asortymentów robót. Ujawnienie przyjętych w kalkulacji wydajności oraz przyjętych w wycenie założeń technologicznych, w szczególności w połączeniu z poziomem ofert Podwykonawców będzie stanowiło dla Wykonawcy znaczny uszczerbek i może spowodować utratę przewagi konkurencyjnej (…)". Odwołujący nawet nie spróbował jednak wyjaśnić w jaki sposób przyjęte przez niego rozwiązania dają mu przewagę nad innymi podmiotami. Wykonawca nie wykazał, że stosowane przez niego założenia, w tym stosowane metody optymalizacji kosztowej nie są powszechnie znane specjalistom z tego zakresu, ponadto nie wykazał, że specjalistom tym nie jest powszechnie znany sposób doboru tych metod optymalizacyjnych. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać mechanizm, w jaki COLAS skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, jakie są konieczne do poniesienia przez niego nakłady, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, dostawców i podwykonawców czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. COLAS musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców tych danych składanych na potrzeby tego Postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałoby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i wskazać konkretnie z czego powyższe miałoby wynikać. Izba nie przeczy, że potencjalnie w zależności od okoliczności danej sprawy kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale pod warunkiem, że ma ona unikalny, autorski charakter i posiada elementy ją wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nie zostało jednak wykazane, aby zastosowana przez COLAS metoda wyceny była szczególna, właściwa tylko dla Przystępującego i aby dawała mu przewagę na rynku. Ponadto Izba zwróciła uwagę, że w treści „Uzasadnienia zastrzeżenia Tajemnicy Przedsiębiorstwa" COLAS zaznaczył,

iż „(…) wyjaśnienia oraz załączone na ich poparcie dowody stanowią wynik wieloletniej współpracy z kontrahentami, a ujawnione w nich ceny oraz inne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Colas Polska Sp. z o.o. a także podmiotów współpracujących (w tym dostawców i podwykonawców), a oferty te zawierają zastrzeżenie braku ujawniania treści w nich zawartych podmiotom trzecim (…)". Co jednak znamienne, w przedłożonych przez Przystępującego ofertach podwykonawców brak jest jakichkolwiek adnotacji świadczących o tym, że podmioty te uznały, iż informacje zawarte w ofertach stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe jedynie potwierdza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostało przygotowane starannie, w tym nie zostało zindywidualizowane do zakresu informacji objętych poufnością. W ocenie składu orzekającego dopiero po wykazaniu, że również kontrahenci COLAS podjęli niezbędne środki celem zachowania w poufności informacji, które ich dotyczą, można byłoby w sposób obiektywny stwierdzić, czy w stosunku do zastrzeżonych informacji rzeczywiście podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Inaczej mówiąc, aby powoływanie się na konieczność utajnienia danych dotyczących podmiotów współpracujących oraz wszelkich udostępnianych informacji było skuteczne, należałoby podać istotne przyczyny takiego utajnienia. Co więcej, Przystępujący w żaden sposób nie skonkretyzował jakie „inne informacje" znajdujące się w ofertach podwykonawców stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa COLAS a także podmiotów współpracujących. Tymczasem Przystępujący, zastrzegając w całości treść załączników, a nie jedynie poszczególne dane i przedstawiając ogólne uzasadnienie referujące de facto wyłącznie do oferowanych cen jednostkowych, które trudno przyporządkować do utajnionych informacji, sam pozbawił się ochrony tych informacji. Wymaga podkreślenia, że COLAS powinien mieć pełną świadomość, z czym wiąże się udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że zasadą tego postępowania jest jawność. Podobnie świadomość taką powinien mieć WZDW, którego zadaniem było należycie zweryfikować zakres zastrzeżonych informacji. Jak wskazał TSUE w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. o sygn. akt C-54/21, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Tym samym nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, wykonawcy nie powinni nadużywać tego narzędzia i ograniczać jego wykorzystanie do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością. Zamawiający przychylając się z kolei do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie przez bezkrytyczne przyjęcie wyjaśnień danego wykonawcy, ale powinna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 599/23, KIO 619/23, KIO 622/23). Izba podziela w całości pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. KIO 623/23, w którym Izba stwierdziła: „(…) Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby – z istoty rzeczy – nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zamawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z PrZamPubl jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających (…)". W ocenie składu orzekającego nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie COLAS nie podołał wykazaniu obiektywnego znaczenia gospodarczego zastrzeganych informacji. Jak wskazano powyżej, wartość gospodarcza winna mieć wymiar obiektywny, a więc samo przekonanie o wartości posiadanych przez danego wykonawcę informacji jest niewystarczające dla jej wykazania i nie może służyć do ukrycia przed konkurencją informacji, które w niniejszym Postępowaniu dotyczą szczegółowej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia.

Ponadto wymaga zaznaczenia, że COLAS nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzegane informacje nie

są powszechnie znane wśród osób zajmujących się tego rodzaju informacjami lub, że nie są łatwo dostępne dla takich osób, ani faktycznego podjęcia działań w celu utrzymania ich w poufności. W kwestii poufnego charakteru informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy zauważyć, że Przystępujący ograniczył się do wskazania, że „(…) wprowadził szereg regulacji, które dowodzą że informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób (…); (…) wszelkie oferty pozyskane przez Wykonawcę na potrzeby złożenia Zamawiającemu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie są dostępne ani dla innych osób zajmującym się tym rodzajem informacji ani nie są dostępne dla innych nieupoważnionych przez Wykonawcę osób. Wykonawca zachowując należytą staranność podjął działania mające na celu utrzymanie ważnych i wrażliwych danych jako tajemnicy przedsiębiorstwa (…); (…) Osoby oddelegowane przez Colas Polska Sp. z o.o. do przygotowania ofert nie są zatem uprawnione do rozpowszechniania informacji zawierających dane handlowe, oferowane przez Podwykonawców i Dostawców ceny, a wszelkie dokumenty zawierające takie informacje podlegają starannej i należytej ochronie i utrzymywane są w poufności co sprawia że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dodatkowo osoby odpowiedzialne za przygotowanie Ofert zostały zobowiązane do zachowania w tajemnicy informacji do których uzyskały dostęp również po ustaniu stosunku pracy (…)”. COLAS poprzestał w tym zakresie jedynie na gołosłownych twierdzeniach, gdyż nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie, że dostęp do zastrzeżonych informacji posiada ograniczone grono osób oraz że podejmuje działania prowadzące do utrzymania zastrzeżonych informacji w tajemnicy, pomimo że w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powołał się na okoliczność zobowiązania swoich pracowników do zachowania w poufności powierzonych im danych pozyskanych na potrzeby złożenia oferty. Trafnie podniósł Terlan w uzasadnieniu odwołania, że Przystępujący nie wskazał jakie środki podjął w celu zachowania w poufności tych konkretnych informacji, choćby przez wskazanie kręgu osób, do których ograniczył dostępność tych informacji i nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tego, że faktycznie podjął środki w celu ochrony zastrzeżonych informacji. W tym miejscu należy zauważyć, że COLAS dopiero wraz z pismem procesowym z dnia 24 kwietnia 2025 r. przedstawił m.in. zanonimizowaną umowę o pracę kosztorysanta przygotowującego ofertę w Postępowaniu, która zawiera jego zobowiązanie do zachowania w poufności powierzonych danych, a także „Regulamin Pracy COLAS Polska sp. z o.o.”, z którego wynika, że pracownik ma obowiązek „dbania o dobro Pracodawcy, chronienia jego mienia oraz zachowania w tajemnicy informacji, których ujawnianie mogłoby narazić Pracodawcę na szkodę”. Powyższe dowody – jak już to wskazano we wstępnej części uzasadnienia niniejszego wyroku – powinny zostać złożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami w sprawie zaoferowanej ceny oferty, a zatem nie mogły być przez Izbę wzięte pod uwagę przy rozpoznaniu przedmiotowego odwołania. Ponadto zdaniem składu orzekającego takie działanie COLAS jednocześnie potwierdza, że argumentacja przedstawiona przez Przystępującego w piśmie „Uzasadnienie zastrzeżenia Tajemnicy Przedsiębiorstwa” nie jest wystarczająca do uznania, że COLAS wykazał łączne wystąpienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. W tym miejscu wymaga bowiem podkreślenia, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2290/20 stwierdziła, iż „(…) Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwe niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności – tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności (…)” (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 674/22). Reasumując, w ocenie Izby, COLAS nie zdołał wykazać, że podjął adekwatne środki w celu zachowania poufności w jego przedsiębiorstwie w odniesieniu do konkretnych informacji zawartych w treści zastrzeżonych dokumentów. W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, nie można bowiem uznać powoływania się przez Przystępującego na postanowienia „Kodeksu Etyki” wprowadzające ogólną, etyczną zasadę ochrony majątku COLAS za wystarczające wykazanie środków podjętych w celu poufności informacji.

Reasumując, zgodzić się należy z Odwołującym, że Przystępujący nie dokonał skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w Załącznikach nr 4.1-4.6 i nr 6 do wyjaśnień w sprawie ceny oferty z dnia 6 marca 2025 r., a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez WZDW była w tym zakresie powierzchowna.

Mając na uwadze przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej: „rozporządzenie”), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę

przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Ponadto skład orzekający wyjaśnia, że z uwagi na to, iż Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr, a zatem w kwocie wyższej niż wymagana zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w pkt 3 sentencji niniejszego wyroku nakazał dokonanie zwrotu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Terlan sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwoty 5 000 zł 00 gr stanowiącej kwotę nadpłaconą ponad należny wpis. Należy bowiem zauważyć, że wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp,

Przewodnicząca:.....