WYROK

z dnia 7 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Tomasz Skowroński
po rozpoznaniu na rozprawie **3 marca 2023 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **20 lutego 2023 r.**

przez wykonawcę: **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący"]

w postępowaniach pn.:
A.*Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku ok. 204 mb w Porcie Gdańsk*(nr NPR/NS/2022/002)– **sygn. akt KIO 463/23**
B.*Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk* (nr NPR/NS/2022/009) – **sygn. akt KIO 464/23**

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** [„Zamawiający"]

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:
A.ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 463/23
B.STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – sygn. akt: KIO 463/23, KIO 464/23
C.Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – sygn. akt: KIO 463/23, KIO 464/23

orzeka:

1.Uwzględnia odwołania w taki sposób, że nakazuje Zamawiającemu odtajnienie wezwań i wyjaśnień dotyczących ceny lub zgodności z warunkami zamówienia ofert poniższych wykonawców, z wyjątkiem informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców oraz załączników obejmujących oferty podwykonawców lub dostawców lub zawarte z tymi podmiotami umowy:

1)STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – wyjaśnienia z 24 i 25 listopada oraz 22 i 23 grudnia 2022 r. oraz wezwania z 16 i 20 grudnia 2022 r.;
2)Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – wyjaśnienia z 24 i 25 listopada i 22 grudnia 2022 r. [co do kwoty podanej w AD 1)] oraz wezwanie z 20 grudnia 2022 r.;
3)BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie – wyjaśnienia z 24 listopada 2022 r. oraz wezwania z 20 grudnia 2022 r.;
4)ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie – wyjaśnienia z 10 stycznia 2023 r.;
5)AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wyjaśnienia z 24 listopada i 22 grudnia 2022 r. oraz wezwanie z 20 grudnia 2022 r.

2.W pozostałym zakresie oddala odwołania.

3.Kosztami postępowania odwoławczego w obu sprawach obciąża Odwołującego i Zamawiającego po połowie i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 40000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,**
2)zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy).

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

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

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku{dalej: „Zamawiający"} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „ustawa Pzp", „pzp", „Pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego dwa postępowania o udzielenie zamówień sektorowych na roboty budowlane: pierwsze pn. *Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku ok. 204 mb w Porcie Gdańsk* (nr NPR/NS/2022/002), drugie pn.*Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk*(nr NPR/NS/2022/009).

Ogłoszenia o tych zamówieniach 8 czerwca 2022 r. zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_109 pod poz. odpowiednio 309212 i 309211.

Wartość każdego z tych zamówień przekracza progi unijne.

9 lutego 2023 r. Zamawiający w ramach obu prowadzonych postępowań zawiadomił o zakresie, w jakim uznaje za skutecznie zastrzeżone dokumenty związane z badaniem cen ofert złożonych w prowadzonych postepowaniach.

20 lutego 2023 r. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie{dalej również: „Porr" lub „Odwołujący"} wniósł odwołania od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołując zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm) {dalej również: „uznk"} w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp, polegające na:

1. Zaniechaniu odtajnienia pism i załączników obejmujących wyjaśnienia dotyczące ceny oferty i treści oferty złożonych przez a) STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie {dalej: „Strabag" lub „Przystępujący"}, b) Korporację Budowlaną Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku {dalej: „Doraco" lub „Przystępujący"}, c) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Budimex"}, d) ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Erbud" lub „Przystępujący", e) AARSLEFF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Aarsleff"} [lit. c)-d) tylko w sprawie KIO 464/23].
2. Bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w tych pismach i załącznikach zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone.
3. Bezpodstawnym uznaniu, że informacje zawarte w tych pismach i załącznikach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym że ponieważ ich wartość handlowa wykracza poza niniejsze zamówienie, ujawnienie ich mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym tych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia w następującym zakresie treści wezwań i wyjaśnień dotyczących poniżej wymienionych wykonawców:

1. Strabag – pismo z 24.11.2022 r. wraz z załącznikami (w całości), pismo z 23.12.2022 r. (str. 1-4) wraz z załącznikami nr 1, 2 i 4, wezwanie Zamawiającego z 20.12.2022 r. (pismo nr NPR/755/2022) [KIO 463/23] oraz pismo z 25.11.2022 r. (Część II. Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy wraz z załącznikami), pismo z 22.12.2022 r. (od str. 13) wraz z załącznikami nr 1 i 3, wezwanie Zamawiającego z 16.12.2022 r. (nr pisma NRP/733/2022) [KIO 464/23].
2. Doraco – pismo z 24.11.2022 r. wraz z załącznikami nr 1-5, oferty podwykonawcy załączonej do pisma z 22.12.2022 r., wezwanie Zamawiającego z 20.12.2022 r. (pismo nr NPR/754/2022) [KIO 463/23] oraz pisma z 25.11.2022 r. wraz z załącznikami, pisma z 22.12.2022 r. – w zakresie kwoty podanej w AD 1), w zakresie nazwy podwykonawcy podanej w AD 5) oraz załącznika nr 1 [KIO 464/23].
3. Budimex – pismo z 24.11.2022 r. wraz z załącznikami nr 4-8, wezwanie Zamawiającego z 20.12.2023 r. (nr NPR/753/2022) [KIO 463/23].
4. Erbud – odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 17.11.2022 r. (pismo nr NPR/626/2022) (w całości) wraz z kolejnymi wyjaśnieniami (o ile miały miejsce) [KIO 463/23].
5. Aarsleff – pismo z 24.11.2022 r. wraz z załącznikami nr 1-13, pismo z 22.12.2022 r. (w całości), wezwanie Zamawiającego z 20.12.2022 r. (pismo nr NPR/752/2022) [KIO 463/23].

Powyższe zarzuty i żądania znalazły następujące rozwinięcie w uzasadnieniu odwołań.

{okoliczności faktyczne}

Z uzasadnienia odwołania wynika, że w toku badania ofert Zamawiający trzykrotnie (Erbud – dwukrotnie) w pierwszym (tj. 17 i 20 listopada 2023 r. oraz 4 stycznia 2023 r.) i dwukrotnie (Doraco) lub trzykrotnie (Strabag) w drugim (tj.18 listopada i 16 grudnia 2023 r. oraz 3 stycznia 2023 r.) postępowaniu wzywał wykonawców do wyjaśnień. Przy czym z wyjątkiem ostatnich wezwań, które dotyczyły wyłącznie treści oferty, pozostałe wezwania dotyczyły zarówno ceny oferty, jak i treści oferty (w przypadku Doraco wszystkie odpowiednio trzy i dwa wezwania miały taki kompleksowy charakter). Ponieważ składane wyjaśnienia były zastrzegane w całości lub w części jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający dokonał w tym zakresie badania, którego wynikiem były „Zawiadomienia o częściowym uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa".

Z uzasadnienia odwołania wynika następujący stan rzeczy co do zakresu nieodtajnionych i nieudostępnionych przez Zamawiającego dokumentów:

1. Strabag – oprócz złożonej jako jawna części I wyjaśnień odpowiednio z 24 i 25 listopada 2022 r., Zamawiający odtajnił część II tych wyjaśnień, odpowiednio w zakresie str. 14-20 i 13-19 oraz w zakresie załączników nr 3 (specyfikacji sprzętowych) i załączników nr 12 (listy osób przygotowujących ofertę) do tych wyjaśnień; Zamawiający utajnił szczegółowe dane objęte pytaniami zawartymi w drugich wezwaniach odpowiednio z 20 i 16 grudnia 2023 r. oraz częściowo odtajnił drugie wyjaśnienia z odpowiednio 23 i 22 grudnia 2022 r., tj. nie udostępnił ich w zakresie odpowiednio str. 1-4 i załączników nr 1, 2 i 4 oraz str. 1-3 i załączników nr 1 i 3; trzecie wyjaśnienia z odpowiednio 9 i 3 stycznia 2023 r. były jawne.
2. Doraco – Zamawiający odtajnił pierwsze wyjaśnienia z odpowiednio 24 i 25 listopada 2022 r. w zakresie uzasadnienia

poczynionego zastrzeżenia; Zamawiający utajnił szczegółowe dane objęte pytaniem zawartym w wezwaniu z 20 grudnia 2023 r. oraz odtajnił wyjaśnienia z 22 grudnia 2022 r., z wyjątkiem załączonej do nich oferty podwykonawcy; Zamawiający odtajnił wyjaśnienia z 22 grudnia 2022 r. (w drugim postępowaniu), z wyjątkiem kwoty z AD 1) (str. 1) i nazwy podwykonawcy z AD 5) (str. 2); Zamawiający odtajnił w całości trzecie wyjaśnienia z 10 stycznia 2023 r.

3. Budimex – Zamawiający odtajnił załączniki nr 1 (lista osób), 2 (polityka bezpieczeństwa informacji) i 3 (deklaracja stosowania BI) do wyjaśnień z 24 listopada 2022 r.; Zamawiający utajnił szczegółowe dane objęte pytaniem zawartym w wezwaniu z 20 grudnia 2023 r. oraz udostępnił wyjaśnienia z 20 grudnia 2022 r.; trzecie wyjaśnienia z 9 stycznia 2023 r. były jawne.
4. Aarsleff – Zamawiający odtajnił załączniki nr 14 i 15 do wyjaśnień z 24 listopada 2022 r.; Zamawiający utajnił szczegółowe dane objęte pytaniami zawartym w wezwaniu z 20 grudnia 2023 r. oraz nie udostępnił wyjaśnień z 22 grudnia 2022 r., przy braku wyrażenia stanowiska odnośnie prawidłowości ich utajnienia; trzecie wyjaśnienia z 9 stycznia 2023 r. były jawne.
5. Erbud – Zamawiający nie udostępnił wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z 17 listopada 2022 r. w jakimkolwiek zakresie; drugie wyjaśnienia z 9 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na drugie wezwanie były jawne.

Odwołujący podsumował, że w powyżej wskazanym zakresie Zamawiający nie odtajnił i nie udostępnił informacji dotyczących: po pierwsze – kalkulacji ceny oferty, po drugie – zgodności ofert z warunkami zamówienia,, po trzecie – ofert podwykonawców i dostawców.

Według relacji Odwołującego uzasadnienia przedstawione przez wykonawców sprowadzają się z do ogólnikowych stwierdzeń i zapewnień, że informacje objęte klauzulą poufności posiadają wartość gospodarczą (która nie została bliżej skwantyfikowana) oraz są prawidłowo zastrzeżone, czemu towarzyszy szerokie przywoływanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych lub administracyjnych. W przypadku Aarsleff jest to tylko kilkuzdaniowe oświadczenie o zastrzeżeniu poufności przedłożonych informacji.

W uzasadnieniach tych brak jakichkolwiek informacji czy argumentacji w odniesieniu do powodów utajnienia doboru określonych rozwiązań technologicznych czy materiałów, których dotyczyły pytania Zamawiającego w ramach badania zgodności ofert z warunkami zamówienia.

{okoliczności prawne}

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych, gdyż umożliwia przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem jego przejrzystości i zgodnie z wymogami uczciwej konkurencji. Stąd ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem jest dopuszczalne jedynie w przypadkach ściśle określonych przepisami ustawy pzp. Jeden z takich wyjątków przewiduje art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga od wykonawcy łącznego wykazania przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj.: 1) wartości gospodarczej tych informacji; 2) ich poufności (nieujawnienia do wiadomości publicznej, w tym wykazania, że jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób); 3) działań podjętych w celu zachowania ich poufności.

Ciężar wykazania konieczności utrzymania poufności informacji przekazywanych zamawiającemu w celu potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia obciąża wykonawcę. Niewywiązanie się z tego obowiązku jest jednoznaczne z obowiązkiem ujawnienia zastrzeżonych informacji przez zamawiającego. Z kolei nieprzedstawienie żadnego uzasadnienia i dowodów potwierdzających zasadność utrzymania tych informacji w tajemnicy, w świetle literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oznacza rezygnację z utrzymania poufności tych danych. Informacje przedłożone przez wykonawcę mogą bowiem pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wywiązał się on z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

Z treści art. 18 ust. 3 pzp wynika, że jeśli wykonawca zamierza zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, to ciążą na nim wszystkie obowiązki wynikające z wykazania zasadności tego zastrzeżenia. Rolą zamawiającego jest w tej sytuacji wyłącznie ocena sposobu i zasadności tego zastrzeżenia – zamawiający nie jest uprawniony czy obowiązany do oceny tego, które informacje stanowią rzeczywistą tajemnicę wykonawcy i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Skoro Odwołujący w niedostateczny sposób wykazał zasadność zastrzeżenia informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tych informacji, a nie ich ocena [z uzasadnienia wyroku Izby z 7.04.2022 r. sygn. akt KIO 764/22, KIO 804/22].

Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek,

warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie", o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania" należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie [z uzasadnienia uchwały Izby z 12.02.2020 r. sygn. akt KIO/KU 5/20].

W celu wykazania wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk nie wystarczy przedłożenie samych oświadczeń i deklaracji. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być ogólnikowe. Wykonawca ma wykazać ziszczenie się przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 uznk, *a nie tylko szeroko opisywać różne okoliczności faktyczne z zakresu działalności przedsiębiorstwa bez wskazywania ich konkretnego związku i wpływu np. na ich wartość gospodarczą* [z uzasadnienia wyroku Izby z 3.02.2022 r. sygn. akt: KIO 131/22].

Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, nie zaś wyłącznie raz.

Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców [z uzasadnienia wyroku Izby z 17.01.2021 r. sygn. akt KIO 3162/21].

W orzecznictwie Izby dostrzeżono zjawisko nadużywania przez wykonawców uprawnienia do zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. …*wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w szczególności nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów zgodności jego oferty z wymogami zamawiającego i przepisami prawa. Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane przez wykonawców w celu uniemożliwienia kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej* [z uzasadnienia wyroku z 8.02.2022 r. sygn. akt KIO 197/22]. *…ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę* [z uzasadnienia wyroku z 17.01.2021 r. sygn. akt KIO 3762/21].

Niezależnie od powyższego, jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości w swoim najnowszym orzecznictwie dotyczącym zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa [por. wyrok z 17.11.2022 r. sygn. akt C-54/22, wyrok z 7.09.2021 r. sygn. akt C-927/19], nawet jeżeli zastrzegane informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający jest zobowiązany do udzielenia pozostałym oferentom dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do wniesienia skutecznego środka ochrony prawnej.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołań, a ponadto wywiódł, co następuje.

Po pierwsze, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostały sporządzone w takiej formie i na takim poziomie ogólności, że możliwe byłoby ich wykorzystanie w zasadzie w każdym postępowaniu. Przede wszystkim wykonawcy nie wykazali w nich, że zbiór zastrzeganych w niniejszych postępowaniach ma wartość uniwersalną, a w szczególności będzie mógł zostać wykorzystany w przyszłości. Na podstawie tych uzasadnień nie jest możliwa identyfikacja wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz rodzaju i rozmiaru ewentualnej szkody, którą mieliby ponieść w przypadku ujawnienia tych danych.

Po drugie, że objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie uzasadnia również zakres przekazywanych informacji. Po pierwsze, nic nie wskazuje na to, aby poziom szczegółowości przedłożonych kalkulacji to uzasadniał. Analogicznie nie wydaje się uzasadnione zastrzeganie w tak szerokim zakresie ofert podwykonawców. O ile bowiem poszczególne elementy tych wyjaśnień mogą/mogłyby zasługiwać na ochronę, o tyle zastrzeganie ich praktycznie w całości jest nieuzasadnione (w tym przypadku wszystkie kalkulacje i informacje dotyczące cen oraz ich części składowych, oferty podwykonawców).

Po trzecie, że w uzasadnieniach brak jakichkolwiek informacji czy argumentacji, która uzasadniałaby utrzymanie poufności danych objętych wyjaśnieniami treści oferty. W przekonaniu Odwołującego stanowią one część składową oferty, która w ogóle nie podlega utajnieniu.

Zamawiający w odpowiedziach na odwołania z 1 marca 2023 r. wniósł o ich oddalenie, podnosząc w szczególności okoliczności, z których wywiódł następujące wnioski.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający poinformował, że w odpowiedzi na jego wezwanie Erbud nie złożył wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Według relacji Zamawiającego nieodtajnione przez niego pisma i dokumenty wykonawców zawierają m.in. takie informacje, jak: po pierwsze – szczegółowy i obszerny opis sposobu kalkulacji ceny przez nich i ich podwykonawców (w tym poziomy cen wynikłe z łączących ich relacji handlowych, zakładany poziom nakładów i zysku), po drugie – dane identyfikujące podwykonawców oraz osoby kontaktowe ze strony podwykonawców (imię, nazwisko, stanowisko służbowe, nr telefonu, adres email).

Zamawiający zacytował brzmienie zastrzeżenia poczynionego przez Porr w wyjaśnieniach z 24 listopada 2023 r.: *Wykonawca, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zastrzega niniejsze wyjaśnienia jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i wnosi o nieujawnianie tychże wyjaśnień podmiotom trzecim, w tym w szczególności pozostałym uczestnikom niniejszego postępowania, w zakresie: a) nazw podwykonawców, dostawców i usługodawców, b) poszczególnych fragmentów tekstu (oznaczonych w treści wyjaśnień jako tajemnica przedsiębiorstwa) obrazujących sposób kalkulowania cen/kosztów robót, nakłady, wydajność (robocizna, sprzęt, materiały), c) karty sprzętowe i technologiczne obrazujące parametry sprzętu planowanego do realizacji robót, d) oferty Podwykonawców, Dostawców i Usługodawców w zakresie, w jakim utajnienie pozostaje zgodne z wytycznymi.*

Zamawiający dodał, że pismem z 20 stycznia 2023 r. częściowo uwzględnił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Porr, podobnie jak zrobił to względem pozostałych wykonawców.

Według Zamawiającego sposób i uzasadnienie zastrzeżenia przez Porr tajemnicy jego przedsiębiorstwa jest – jak to określił – „praktycznie analogiczny" do czynności podjętych w tym celu przez pozostałych wykonawców.

{okoliczności prawne}

Fakt pozostawania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności [z uzasadnienia wyroku Izby z 9 maja 2022 r. sygn. akt KIO 991/22].

Jak trafnie wywiodła Izba w uzasadnieniu wyroku z 17 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 149/16: *…informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum S. S.A., w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaoferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku.*

Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia – wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.

Utajnienie omawianego wyżej zakresu informacji należy uznać za zgodne z prawem, bowiem zgodnie z postanowieniem

Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r. sygn. akt XVII Amz 3/96: „Tajemnicę przedsiębiorstwa stanową dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia zbytu". W ten sam sposób wypowiedziała się również Krajowa Izby Odwoławcza w wyroku z dnia 17 października 2008 r. „Informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".
Co charakterystyczne odwołujący przedkładając dla porównania – kalkulację własnej ceny oferty również objął ją klauzulą tajemnicy jego przedsiębiorstwa, co dowodzi braku konsekwencji zgłaszanych zarzutów i przedstawianej argumentacji.
(...)
Na odwołującym, który faktycznie nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez konsorcjum dokumentów, spoczywałby obowiązek dowodowy na okoliczność bezskuteczności zastrzeżeń przynajmniej w zakresie wykazania, że informacje tego typu jak zawarte w wyjaśnieniach, zostały podane do ogólnej wiadomości i są publicznie dostępne, a podmioty trzecie mogą legalnie wejść w ich posiadanie, np. przez zapoznanie się z zawartością stron internetowych konsorcjum S. S.A. Odwołujący takiego dowodu nie złożył, co świadczy, że skarżone konsorcjum podjęło odpowiednie działania organizacyjne w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy. Elementem takich działań jest samo skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ZamPublU".

Podobnie orzekła Izba w uzasadnieniu wyroku z 1 września 2021 r. sygn. akt KIO 2089/21:*Również skuteczne podniesienie zarzutu zaniechania przez zamawiającego udostępnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez innego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wymaga odniesienia się przez odwołującego do treści przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wnoszący odwołanie powinien wykazać dlaczego w jego ocenie uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez innego wykonawcę należy uznać za niewystarczające.*

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też rolą zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne [z uzasadnienia wyroku Izby z 11 lutego 2022 r. dotyczącego zastrzeżenia i uzasadnienia Porr].

{wnioski}

W powyższych okolicznościach Zamawiający wywiódł, że Odwołujący bezpodstawnie domaga się wybiórczego zastosowania art. 18 ust. 3 ustawy pzp tj. odtajnienia danych i ofert podwykonawców oraz szczegółowych kalkulacji (ceny, zysku itd.) pozostałych wykonawców, które sam analogicznie utajnił.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wskazał przy tym na żadne konkretne braki lub błędy w sposobie, mechanizmie i uzasadnieniu zastrzeżenia przez innych wykonawców tajemnicy ich przedsiębiorstw w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż uzasadnienie faktyczne nie prezentuje żadnych okoliczności na poparcie zarzutów i wniosków odwołań. Natomiast uzasadnienie prawne w znakomitej większości sprowadza się do przywołania treści przepisów, wynikających z nich obowiązków uczestników postępowania przetargowego oraz orzecznictwa.

Zamawiający podsumował, że wbrew odmiennemu stanowisku Odwołującego brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych, które pozwalałby na dokonanie odmiennej oceny skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa poczynionych przez innych wykonawców i Porr.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowiska i argumentację, a Przystępujący Strabag poparł Zamawiającego (w imieniu Przystępujących Erbud i Doraco nikt się nie stawił).

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowych zamówień, w których złożył oferty. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy

pzp, gdyż nieuprawnione utajnienie przez Zamawiającego informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa objętych wyjaśnieniami innych wykonawców może narażać Odwołującego na szkodę, chociażby z powodu niemożności skutecznego zaskarżenia czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących innych wykonawców.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Stan rzeczy co do zakresu wezwań Zamawiającego i wyjaśnień wykonawców, który został powyżej zwięźle zrelacjonowany w ramach okoliczności faktycznych wynikających z odwołania, nie był sporny, więc nie ma potrzeby powtarzania tych okoliczności *in extenso.*

Podkreślić należy, że w toku rozprawy wyłonił się następujący konsensus: co do zasady utajnienie informacji w tych przetargach przez wykonawców powinno ograniczać się do niezbędnego minimum, tj. tożsamości podwykonawców, treści ich ofert oraz pojedynczych wersów wyliczeń. Natomiast dane liczbowe i informacje, które umożliwiają prześledzenie, na jakie kwoty dany wykonawca wycenił poszczególne zakresy robót objętych formularzem cenowym, w tym również w odniesieniu do zakresów, które będą zlecane podwykonawcy, nie podlegają utajnieniu. Z jednej strony Odwołujący trafnie tak podsumował zakres, w jakim sam utajnił wyjaśnienia. Z drugiej strony Zamawiający jednoznacznie wyraził wolę potraktowania w taki sam sposób wszystkich wykonawców objętych sporem.

Umknęło jednak uwadze Zamawiającego, który ograniczył się do przytoczenia treści zastrzeżenia poczynionego przez Porr, że w odróżnieniu od Odwołującego pozostali wykonawcy utajnili *de facto* całość wyjaśnień opisujących sposób kalkulacji ceny oferty.

Z kolei Odwołujący oświadczył na rozprawie, że nie jest zainteresowany wysokością marży, ujawnieniem powiazań z innymi podmiotami ani ofertami przedstawionymi przez podwykonawców konkurentów, a chodzi mu o możliwość zweryfikowania kosztów bezpośrednich. Natomiast z uwagi na brak w jego ocenie przekonującego, szczegółowego uzasadnienia poczynionych zastrzeżeń, wniósł o odtajnienie wyjaśnień konkurentów i załączonych do nich dokumentów w całości.

Poza wszelkim sporem jest, że postępowania dotyczą wykonania robót budowlanych według dokumentacji projektowej inwestora, SWZ przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości odpowiadającej cenie oferty, która jednak stanowi sumę kilkudziesięciu pozycji wyszczególnionych w formularzu cenowym, z których każda agreguje określony zakres przedmiarów o charakterze pomocniczym, tj. udostępnionych w celu ułatwienia wyceny poszczególnych generalnych zakresów robót.

Przede wszystkim Izba ustaliła, że żadne z wyjaśnień objętych zarzutami odwołania nie zawiera – ani w ramach opisu słownego, ani w ramach wyliczeń (w tym zawartych w załączonych do głównego dokumentu tabelach) – danych kalkulacyjnych czy opisu sposobu wykonania robót na takim poziomie szczegółowości, który pozwoliłby na stwierdzenie do czego konkretnie referują obszerne (z wyj. Aarsleff), ale ogólnikowe wywody uzasadnień poczynionych zastrzeżeń, według których wyjaśnienia te miałyby obrazować unikalne know-how danego wykonawcy. Uzasadnienia w tym zakresie sprowadzają się do błędnego koła – wartość gospodarcza miałaby wynikać z tego, że metodologia kalkulacji cen odzwierciedla bliżej niesprecyzowane know-how, które przez samo powołanie się na jego istnienie miałoby mieć wartość gospodarczą. Nie zostało sprecyzowane, na czym polega w tym konkretnym przypadku hasłowo wskazane know-how. Tym bardziej z tak ogólnie sformułowanych uzasadnień nie wynika, w czym dany wykonawca upatruje wartości gospodarczej poszczególnych kategorii informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny, choćby przez odesłanie do konkretnych jego fragmentów.

Natomiast odwołanie nie zawiera żadnych konkretnych okoliczności (a tym bardziej dowodów) wskazujących na to, że oferty podwykonawców i dostawców, na których oparte są kalkulacje poszczególnych wykonawców, są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo są łatwo dostępne dla takich osób, względnie którykolwiek z tych wykonawców nie podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działań w celu utrzymania tych informacji w poufności.

Jednocześnie – jak już powyżej wspomniano – *de facto* niesporna była sama wartość gospodarcza informacji identyfikujących podwykonawców lub dostawców oraz ich oferty czy zawarte z tymi podmiotami umowy.

Ponieważ Erbud nie złożył wyjaśnień dotyczących ceny w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismo procesowe Przystępującego z 3 marca 2023 r. należało uznać za bezprzedmiotowe.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołania są częściowo zasadne.

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp"} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj.wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych*.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądzono, że to po stronie wykonawcy leży dołożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata przepis art. 18 ust. 3 pzp nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.).

Jak to ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być

przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanych spraw, zgodzić się należy z Odwołującym, że wykonawcy, których wyjaśnień dotyczą zarzuty odwołań, nie dokonali skutecznego zastrzeżenia informacji dotyczących kalkulacji ceny ofertowej czy zgodności jej treści z opisem przedmiotu zamówienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ocena skuteczności zastrzeżeń dokonana przez Zamawiającego była w tym zakresie powierzchowna.

Parafrazując wypowiedź Sądu Okręgowego w Warszawie z uzasadnienia wskazanego powyżej wyroku, tak profesjonalne i znaczące na rynku zamówień publicznych na roboty budowlane podmioty, jak Strabag, Budimex, Erbud, Doraco czy Aarsleff z pewnością mają wystarczającą wiedzę, umiejętności i doświadczenie, aby pod względem metodologicznym sformułować wyjaśnienia dotyczące ceny taki w sposób, że przy zachowaniu prymatu zasady jawności skutecznie zastrzec wyłącznie informacje, które rzeczywiście powinny pozostać poufne z uwagi na ich wartość gospodarczą. Wydaje się, że w sensie technicznym zawsze jest to możliwe, choćby dzięki zachowaniu pełnej jawności zasadniczego wywodu w danym piśmie, przy jednoczesnym utajnieniu jedynie wyjątkowo wrażliwych danych powoływanych np. jako załączniki do konkretnego pisma. Takie spostrzeżenie o tyle nie jest niczym odkrywczym, o ile Porr w jeszcze prostszy sposób zdołał ukryć wybrane informacje w treści głównego dokumentu, dzięki sporządzeniu go w dwóch wersjach.

Odmiennie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do danych identyfikujących podwykonawców czy dostawców oraz treści ich ofert, na których oparł się dany wykonawca. W ustalonych powyżej okolicznościach za wystarczające należy uznać samo powołanie się przez wykonawcę na to, że dobór tych podmiotów i uzyskane od nich oferty mają wartość gospodarczą.

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającegoart. 18 ust. 1 i 3 oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy pzp zaniechał bowiem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wskazanych w sentencji wyroku pism i dokumentów w zakresie informacji warunkujących możliwość sformułowania skutecznych zarzutów dotyczących ofert, które według kryteriów oceny zostaną wyżej ocenione. Stąd Izba –działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji. Jednocześnie w pozostałym zakresie naruszenie tych przepisów nie potwierdziło się, stąd Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożyły się wpisy od odwołań uiszczone przez Odwołującego, orzeczono – jak w pkt 3. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 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) – obciążając nimi Odwołującego i Zamawiającego po połowie.