Sygn. akt:KIO 1475/23
KIO 1476/23

WYROK

z dnia 7 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Banaszkiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Anna Chudzik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 maja 2023 r. przez wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniach prowadzonych przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**

orzeka:

I.Sygn. akt KIO 1475/23:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II.Sygn. akt KIO 1476/23:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 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.

Przewodniczący:……

...……

……

Sygn. akt:KIO 1475/23
KIO 1476/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”), prowadzi:

a)postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na sieci TEN-T na drodze krajowej nr 91 – zadanie 6 – etap II” (nr postępowania O/KA.D-3.2411.23.2022), ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia

5.09.2022r. pod numerem: 2022/S 170-480693 oraz

b)postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na sieci TEN-T na drodze krajowej nr 91 (dawniej nr 1) - zadanie nr 7 – przebudowa odcinka Siedlec Duży – Koziegłowy" (nr postępowania O/KA.D-3.2411.25.2022), ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 5.09.2022r. pod numerem: 2022/S 170-480694.

Dnia 25 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
w przedmiotowych postępowaniach, na podstawie 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp") odwołania złożył Wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący").

W przypadku sprawy o sygn. 1475/23 odwołanie złożono wobec następujących czynności Zamawiającego:

1) odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami,

2) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności, przejrzystości i jawności postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 3 Pzp w zw. art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.Dz. U.2022.1233 ze zm.; dalej: „uznk") poprzez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami, pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności,
- art. 18 ust. 3 Pzp poprzez naruszenie nakazu utrzymania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności,
- art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przedstawienia konkretnego i jednoznacznego uzasadnienia decyzji o odtajnieniu: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023r., wskazującego motywy decyzji Zamawiającego, co stanowi naruszenie zasad przejrzystości i jawności postępowania,
- art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności, przejrzystości i jawności postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023 r. dotyczących ceny w zakresie następujących danych zastrzeżonych przez Odwołującego:

- wysokości zysku podanego na str. 14-26 wyjaśnień z dnia 27.01.2023 r.;
- rozbicia cen na elementy cenotwórcze przedstawionych w tabelach na:
- str. 14-25 wyjaśnień z dnia 27.01.2023 r.,
- str. 4-18 wyjaśnień z dnia 2.03.2023 r.
- kalkulacji szczegółowej zawartej na str. 4-18 wyjaśnień z dnia 2.03.2023 r.,
- cen jednostkowych przedstawionych w odpowiedzi na pytanie 2 w wyjaśnieniach z dnia 27.01.2023 r.,
- Załącznika nr 3 (Zestawienie stawek wynagrodzeń Wykonawcy) do wyjaśnień z dnia 27.01.2023 r.,
- Załączników nr 5 i nr 6 do wyjaśnień z dnia 27.01.2023 r.

2) uznania, że: (i) wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 27.01.2023 r. dotyczące ceny wraz z załącznikami w zakresie opisanym w pkt 1 powyżej oraz (ii) wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 2.03.2023 r. dotyczące ceny zakresie opisanym w pkt 1 powyżej zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego;

3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W przypadku sprawy o sygn. 1476/23 odwołanie złożono wobec następujących czynności Zamawiającego:

1) odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami,

2) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności, przejrzystości i jawności postępowania;

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- art. 18 ust. 3 Pzp w zw. art. 11 ust. 2 uznk poprzez odtajnienie wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii)

wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami, pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności,
- art. 18 ust. 3 Pzp poprzez naruszenie nakazu utrzymania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego pomimo prawidłowego zastrzeżenia ich poufności,
- art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przedstawienia konkretnego i jednoznacznego uzasadnienia decyzji o odtajnieniu: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r., wskazującego motywy decyzji Zamawiającego, co stanowi naruszenie zasad przejrzystości i jawności postępowania,
- art. 16 pkt 1 i pkt 3 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności, przejrzystości i jawności postępowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynność Zamawiającego polegającej na odtajnieniu wyjaśnień i dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, tj.: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r. dotyczących ceny w zakresie następujących danych zastrzeżonych przez Odwołującego:
- wysokości narzutu oraz wysokości zysku podanych na str. 14-18 wyjaśnień z dnia 25.01.2023 r.,
- rozbicia cen na elementy cenotwórcze przedstawionych w tabelach na:
•str. 14-18 wyjaśnień z dnia 25.01.2023 r.,
•str. 3-6 wyjaśnień z dnia 24.02.2023 r.,
- kalkulacji szczegółowej zawartej na str. 3-6 wyjaśnień z dnia 24.02.2023 r.,
- cen jednostkowych przedstawionych w odpowiedzi na pytanie 2 w wyjaśnieniach z dnia 25.01.2023 r.,
- Załącznika nr 3 (Zestawienie stawek wynagrodzeń Wykonawcy),
- Załączników nr 5.1 - 5.8 (oferty) do wyjaśnień z dnia 25.01.2023 r.,
- Załącznika nr 6 do wyjaśnień z dnia 25.01.2023 r.,
2) uznania, że: (i) wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczące ceny wraz z załącznikami w zakresie opisanym w pkt 1 powyżej oraz (ii) wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r. dotyczące ceny zakresie opisanym w pkt 1 powyżej zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego,
3) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż dokumenty i informacje, które Zamawiający postanowił upublicznić stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Odwołujący podał, że Zamawiający zamierza odtajnić wyjaśnienia złożone przez Odwołującego dotyczące sposobu kalkulacji cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach stanowiących składnik ofert. Odwołujący wyjaśnił, że utajnienie ww. informacji i dokumentów nastąpiło z uwagi na ich istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego oraz jest konsekwencją stosowanych przez Odwołującego zasad udostępniania oraz ochrony informacji dotyczących i wytwarzanych przez Odwołującego w toku prowadzenia działalności gospodarczej. Z uwagi na powyższe w ocenie Odwołującego uzasadnione jest utrzymanie poufności zastrzeżonych informacji. Ich odtajnienie może być bowiem przyczyną wymiernych strat finansowych Odwołującego oraz może osłabić jego pozycję rynkową. Odwołujący wskazał, że z uwagi na szczegółowość danych zawartych w wyjaśnieniach podmioty konkurencyjne wobec Odwołującego bez żadnych nakładów będą mogły pozyskać m.in. wiedzę o stosowanych przez Odwołującego zasadach kalkulacji cen ofertowych oraz partnerach handlowych Odwołującego i zasadach współpracy z tymi podmiotami (w tym cenach i rabatach uzyskiwanych przez Odwołującego). Natomiast stosowane metody kalkulacji oraz oferty uzyskane od podwykonawców i dostawców w ramach wieloletniej współpracy umożliwiły Odwołującemu złożenie najkorzystniejszych ofert w obu postępowaniach. Zdaniem Odwołującego w sposób jednoznaczny stanowi to potwierdzenie wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i ich kluczowe znaczenie dla działalności gospodarczej prowadzonej przez Odwołującego. Odwołujący zauważył, że zakres zastrzeżonych informacji nie utrudnia pozostałym uczestnikom obu postępowań weryfikacji ofert Odwołującego pod względem zgodności z wymaganiami SWZ oraz prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, a także działań podejmowanych przez Zamawiającego w obu postępowaniach. Zgodnie z zasadami ustalonymi przez Zamawiającemu wykonawcy z tytułu wykonania inwestycji będącej przedmiotem obu zamówień przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe, którego poszczególne pozycje i ceny jednostkowe zostały szczegółowo przedstawione formularzu - Kosztorys ofertowy wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (Formularz 2.3) stanowiącym składnik każdej złożonej oferty.

Odwołania zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiących podstawę do jego wniesienia, tj.:

a)w przypadku sprawy o sygn. 1475/23 czynności Zamawiającego z dnia 15 maja 2023 r. polegającej na przekazaniu

Odwołującemu informacji o odtajnieniu: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami.

b)w przypadku sprawy o sygn. 1476/23 czynności Zamawiającego z dnia 15 maja 2023 r. polegającej na przekazaniu Odwołującemu informacji o odtajnieniu: (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023 r. dotyczących ceny wraz z załącznikami.

Wpis od każdego z odwołań w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołań Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołań Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów obu odwołań Odwołujący podał, że decyzja Zamawiającego o odtajnieniu dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jest bezpodstawna. Zastrzeżone przez Odwołującego informacje posiadają bowiem w jego ocenie istotną wartość gospodarczą. Z uwagi na ich wartość poznawczą dla osób trzecich (konkurentów Odwołującego) ich ujawnienie na jakimkolwiek etapie postępowania naraża Odwołującego na wymierną szkodę finansową. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 16.5 (w postępowaniu o sygn. 1475/23) oraz 16.6 (w postępowaniu 1476/23) SWZ wykonawcy zobowiązania byli do złożenia wraz z ofertą formularza - Kosztorys ofertowy wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (Formularz 2.3). Formularz ten podzielony na poszczególne branże zawiera kilkaset pozycji kosztorysowych, które należało uzupełnić o ceny jednostkowe. Kosztorys ofertowy oraz zbiorcze zestawienie kosztów są jawne. Z tego względu wszyscy uczestnicy postępowania znają wysokość cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofercie Odwołującego. Zastrzeżone informacje, przedłożone Zamawiającemu na jego żądanie, obrazują sposób kalkulacji cen jednostkowych (tj. w tym poszczególne składniki cenotwórcze Odwołującego). Nie są to według Odwołującego informacje powszechnie dostępne i nie jest możliwe ich samodzielne ustalenie przez konkurentów, np. tego typu dane nie są zamieszczane z reguły nawet w kosztorysach opracowywanych i przekazywanych Zamawiającemu w trakcie realizacji inwestycji. Odwołujący podaje, że spełnił wszystkie wymagania ustalone w art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 18 ust. 3 Pzp, w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący dokonał bowiem zastrzeżenia poufności w dacie przekazywania informacji Zamawiającemu oraz przedstawił szczegółowe wyjaśnienia i dowody.

Odwołujący w odwołaniach wskazał również, że zarzuty Zamawiającego zawarte w pismach z dnia 15 maja 2023r. ograniczają się do gołosłownych twierdzeń o ogólnikowości wyjaśnień, braków uzasadnienia i braku odpowiednich dowodów, co jest w ocenie Odwołującego sprzeczne ze stanem faktycznym obu spraw. Odwołujący podaje, że szczegółowo wskazał zakres zastrzeganych informacji, opisał motywy decyzji o zastrzeżeniu poufności tych danych, podjęte działania i ich wpływ na działalność jego organizacji oraz załączył w celu poparcia swoich twierdzeń szereg dokumentów wewnętrznych.

<u>Zamawiający w dniu 2 czerwca 2023 r. złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, w których wnosił o oddalenie obu odwołań w całości.</u>

Zamawiający w złożonych odpowiedziach na odwołania podnosi, że ciężar dowodu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywał na Odwołującym, który takiego zastrzeżenia dokonał. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji Odwołujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk Zamawiający wskazał, że czynność badania skuteczności zastrzeżenia przez Odwołującego dokumentów i informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa została przez niego przeprowadzona ze szczególną starannością w oparciu o złożone przez Odwołującego w tym zakresie wyjaśnienia, a także w odniesieniu do zastrzeganych dokumentów i informacji. Zamawiający dokonał weryfikacji czy przedstawione przez Odwołującego informacje zasługują na żądaną ochronę. W wyniku badania i oceny skuteczności dokonanego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji i dokumentów złożonych przez Odwołującego, Zamawiający postanowił odtajnić w całości przedmiotowe dokumenty i informacje. Dokumenty i informacje w zakresie w jakim podlegają odtajnieniu przez Zamawiającego stanowiły załączniki do pism Zamawiającego z dnia 15 maja 2023 r. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie sprostał obowiązkowi wykazania, że wszystkie zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający 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, oraz że korzystając z tych informacji lub rozporządzając nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zamawiający wskazał, że Odwołujący dokonując zastrzeżenia informacji miał pełną świadomość tego, że zastrzegane przez niego informacje nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż zostały już ujawnione i są powszechnie dostępne dla każdego („Budowa obwodnicy miejscowości Gąski w ciągu drogi krajowej nr 65” nr postępowania O/OL.D-3.2411.22.2022). Okoliczność ta ma w ocenie Zamawiającego kluczowe znaczenie dla oceny stanu faktycznego sprawy, gdyż jednoznacznie wskazuje, że dokonywane przez Odwołującego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa składanych w postępowaniach przetargowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mają charakter szablonowy i są powielane

niezależnie od faktycznej treści dołączanych do nich wyjaśnień oraz bez względu na to czy i jakie załączniki do tych wyjaśnień są przez wykonawcę dołączane.
Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń,
a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,
co następuje:
Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.
Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołania wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołań wynika z faktu, iż odtajnienie danych, które Odwołujący zastrzegł może być przyczyną wymiernych strat finansowych Odwołującego oraz może osłabić jego pozycję rynkową. Wniesione odwołania mają na celu zapobieżenie tej sytuacji.
Przystąpienia do postępowania odwoławczego w obu sprawach w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.
Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowych postępowań, odwołań wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołania wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu.
Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i w całości podlegały oddaleniu.
W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Zamawiający prowadzi:
a)postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na sieci TEN-T na drodze krajowej nr 91 – zadanie 6 – etap II" (nr postępowania O/KA.D-3.2411.23.2022), ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 5.09.2022r. pod numerem: 2022/S 170-480693 oraz
b)postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Poprawa bezpieczeństwa ruchu drogowego na sieci TEN-T na drodze krajowej nr 91 (dawniej nr 1) - zadanie nr 7 – przebudowa odcinka Siedlec Duży – Koziegłowy" (nr postępowania O/KA.D-3.2411.25.2022), ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 5.09.2022r. pod numerem: 2022/S 170-480694.
Pismami z dnia 15 maja 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odtajnieniu (pismo z dnia 15.05.2023r.; znak: O.KA.D-3.2411.23.2022.18.mu): (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 27.01.2023r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 2.03.2023r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz o odtajnieniu (pismo z dnia 15.05.2023r.; znak: O.KA.D-3.2411.25.2022.17.mu): (i) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 25.01.2023r. dotyczących ceny wraz z załącznikami oraz (ii) wyjaśnień Wykonawcy z dnia 24.02.2023r. dotyczących ceny wraz z załącznikami.
Odwołujący w złożonych odwołaniach wskazał, że utajnienie przez niego informacji i dokumentów nastąpiło z uwagi na ich istotną wartość gospodarczą dla Odwołującego oraz jest konsekwencją stosowanych przez Odwołującego zasad udostępniania oraz ochrony informacji dotyczących i wytwarzanych przez Odwołującego w toku prowadzenia działalności gospodarczej.
Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Art. 18 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od tej ogólnej zasady. Wspomniane postanowienie zezwala na nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, 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. Podkreślenia wymaga fakt, że to zastrzegający dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania zasadności takiego zabiegu. To na nim spoczywa ciężar wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Odwołujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:
1)informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2)informacje 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,
3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.
W przedmiotowych sprawach badaniu przez Izbę podlegają czynności Zamawiającego polegające na ocenie przedstawionych przez Odwołującego uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Rozstrzygnięcie zarzutów

przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie uzasadnił w sposób wystarczający dokonanych zastrzeżenia, w efekcie czego zawiadomił Odwołującego o odtajnieniu zastrzeżonych przez niego informacji. Zamawiający nie dokonywał oceny, czy przekazane przez Odwołującego informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w prowadzonych postępowaniach zbadał jedynie, czy Odwołujący dostatecznie uzasadnił zastrzeżenie informacji, a tym samym czy określone informacje mogą pozostać niejawne.
W ocenie Izby uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedłożone przez Odwołującego przy okazji składanych przez niego wyjaśnień nie potwierdzają zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Jak słusznie wskazał Zamawiający przedstawione przez Odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia mają charakter szablonowy i są powielane niezależnie od faktycznej treści dołączanych do nich wyjaśnień oraz bez względu na to czy i jakie załączniki do tych wyjaśnień są przez niego dołączane. W ocenie Izby zastrzeżenia dokonane przez Odwołującego mają charakter na tyle ogólny, że mogłyby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Potwierdzeniem tego faktu jest przedłożona dokumentacja dotycząca postępowania pn. „Budowa obwodnicy miejscowości Gąski w ciągu drogi krajowej nr 65" nr postępowania O/OL.D-3.2411.22.2022 Postępowanie to było prowadzone przez Oddział GDDKiA w Olsztynie.
Wskazać należy, że uzasadnienia zawarte przez Odwołującego zawierają tylko gołosłowne deklaracje o wartości gospodarczej określonych informacji wysokości narzutu oraz zysku, rozbicia cen na elementy cenotwórcze, kalkulacji szczegółowych, cen jednostkowych oraz załączników, w tym ofert podwykonawców, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, aby dana okoliczność została uznana za wykazaną musi być przedstawiona w sposób przekonujący oraz musi zostać udowodnione, że ma określone cechy (wyrok z dnia 9 lipca 2020 r., KIO 822/20). Zdaniem Izby Odwołujący nie sprostał powyższemu. Bowiem aby informacja miała dla Odwołującego wartość gospodarczą powinna ona stanowić źródło zysków lub przynajmniej pozwolić mu na zaoszczędzenie jakichś kosztów, czego w przedmiotowych sprawach Odwołujący nie wykazał.
Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2021 r. (KIO 18/22) w odniesieniu do kalkulacji cenowej stwierdzić należy, że gdyby przyjąć twierdzenia, że kalkulacja taka ma ze swej natury wartość gospodarczą, gdyż ujawnia politykę cenową wykonawcy, to prowadziłoby to do nieakceptowalnego wniosku, że może ona co do zasady pozostawać w postępowaniach o udzielenie zamówienia niejawna. Z uzasadnień sporządzonych przez Odwołującego nie sposób powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat kalkulacje przedstawione przez niego w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać. Kalkulacje zostały wykonane przez Odwołującego na potrzeby konkretnych postępowań, nie wiadomo w związku z tym, w jaki sposób mogłyby być w przyszłości wykorzystane przez innych wykonawców w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej. Izba nie kwestionuje przy tym, że kalkulacja ceny w określonych okolicznościach może mieć wartość gospodarczą, warunkiem zachowania jej niejawności jest jednak wykazanie tej wartości przez wykonawcę, czemu Odwołujący nie podołał.
Analogicznie należy ocenić uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o podmiotach, z którymi Odwołujący współpracuje i złożonych przez te podmioty ofertach. Odwołujący nie odniósł się do ofert kontrahentów indywidualnie, nie wykazał, aby poszczególne oferty zawierały niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Na uwagę zasługuje również fakt, że część ofert została ujawniona we wspomnianym powyżej postępowaniu w Gąskach. Co więcej jedynie jeden z około 90 podwykonawców, z którymi współpracuje w swojej ofercie wskazał konieczność zastrzeżenia informacji. Odwołujący w przedmiotowych postępowaniach posłużył się kilkoma przykładowymi ofertami spośród około 90, którymi dysponuje. Nie wskazał nawet, że dokładnie z tych ofert zamierzał skorzystać przy realizacji zamówień na rzecz Zamawiającego.
Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego przedstawienia konkretnego i jednoznacznego uzasadnienia obu decyzji o odtajnieniu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, co w ocenie Odwołującego stanowi naruszenie zasad przejrzystości i jawności postępowania Izba wskazuje, że oba uzasadnienia zostały sporządzone przez Zamawiającego rzetelnie. Zamawiający odniósł się w nich do wszystkich przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując Odwołującemu, dlaczego nie uznał dokonanych przez Odwołującego zastrzeżeń za skuteczne.
Reasumując Izba uznała, że odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie,
a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z Pzp.
Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie

o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.
Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.