

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ZUE S.A. w Krakowie** oraz **DUNA Polska S.A. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji** na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto - Nowy Zagórz w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto – Nowy Zagórz wraz z budową łącznicy kolejowej Jedlicze – Szebnie”*

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **PORR S.A. w Warszawie**

orzeka:

1. **umarza częściowo postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego czynności uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załączniku nr 8 do wyjaśnień odwołującego z 3 kwietnia 2025 r.,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. w Krakowie oraz DUNA Polska S.A. w Krakowie i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. w Krakowie oraz DUNA Polska S.A. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 51 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw,**
 - 3.2. **zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. w Krakowie oraz DUNA Polska S.A. w Krakowie na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji kwotę 3.651 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.**

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1674/25

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. *Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto - Nowy Zagórz w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasto – Nowy Zagórz wraz z budową łącznicy kolejowej Jedlicze – Szebnie”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2024 r., Dz.U. S: 177/2024, nr 546776-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 28 kwietnia 2025 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZUE S.A. w Krakowie oraz DUNA Polska S.A. w Krakowie KOMA sp. z o.o. w Ełku, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznc”) przez błędną ocenę i brak uznania jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odtajnienie wyjaśnień odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazał, że ww. wyjaśnienia spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla

uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla odwołującego), a w konsekwencji:

2) art. 16 pkt 1-3 Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odtajnienia dokumentów stanowiących wyjaśnienia RNC odwołującego;
- 2) uznania, że wyjaśnienia RNC zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie powinny zostać odtajnione.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca PORR S.A. w Warszawie. W trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie rozprawy odwołujący cofnął częściowo odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego czynności uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załączniku nr 8 do wyjaśnień odwołującego z 3 kwietnia 2025 r.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o odtajnieniu wyjaśnień odwołującego, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 18 Pzp stanowi:

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.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasło - Nowy Zagórz w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 108 na odcinku Jasło – Nowy Zagórz wraz z budową łącznicy kolejowej Jedlicze – Szebnie”.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu do składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferty przystępującego i odwołującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 26 marca 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 1 wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty a także wyjaśnień ceny, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie.

(por. ww. wezwanie zamawiającego, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 3 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami. Oświadczył, że *zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczone fragment pisma oraz załączniki nr 1-7 do niego.*

W uzasadnieniu zastrzeżenia odwołujący oświadczył co następuje. (...)

4.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że informacje przekazywane przez Wykonawcę wraz z niniejszym pismem mają charakter organizacyjny oraz częściowo techniczny i technologiczny.

Składają się na nie bowiem informacje dotyczące:

- a. metod i strategii kalkulacji ofertowej stosowanych przez Wykonawcę, pozwalających obniżyć cenę ofertową;
- b. strategii organizacji procesu budowlanego przez Wykonawcę w celu maksymalizacji jego efektywności i ekonomiczności;

5.

Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia Wykonawcy, jego przemyśleń i strategii co do realizacji kontraktów infrastrukturalnych, jego swoiste know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk.

6.

Jakkolwiek niektóre z ww. informacji rozpatrywanych samodzielnie (np. poszczególne wartości), bez powiązania z pozostałymi, mogą nie mieć wartości gospodarczej czy też być dostępne, o tyle cały zbiór tych informacji, ze wskazaniem ich wzajemnych powiązań, usystematyzowaniem i uporządkowaniem, stanowi zbiór istotny dla Wykonawcy danych. W dobie znacznej rywalizacji o pozyskiwanie zamówień w sektorze kolejowym, nie tylko w Polsce, ale również poza jej granicami, takie organizacyjne know-how ma bezpośredni wpływ na skuteczność w zakresie konkurowania. Zbiór ten pozwala Wykonawcy zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług. Zarówno Wykonawca nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci Wykonawcy, nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych Wykonawcy.

7.

Jednocześnie, nie ulega wątpliwości, że rzeczzone informacje noszą istotną wartość gospodarczą i stanowią cenne źródło informacji dla naszych konkurentów, co czyni ich ochronę przez bezprawnym ujawnieniem w pełni zasadną. Ekonomiczna wartość zastrzeżonych informacji wynika z faktu, że jak wspomniano powyżej, elementy takie jak metoda kalkulacji ceny czy sposób organizacji procesu budowy, przekładają się bezpośrednio na konkurencyjność ofert Wykonawcy, a co za tym idzie możliwość pozyskiwania

Zamówień. Jeżeli bowiem Wykonawca posiada efektywniejszy proces organizacji budowy, będzie w stanie zaoferować szybsze wykonanie zamówienia, a więc i lepszą cenę. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami, pozwalając konkurentom na skuteczniejszą rywalizację z Wykonawcą w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zachowania równych zasad tej rywalizacji. Wykonawca bowiem nie posiada takich informacji o swoich konkurentach.

8.

Podobnie i w tym stanie rzeczy, metodologia realizacji zamówienia przez Wykonawcę stanowi zbiór jego wiedzy, doświadczenia i know-how, które zgromadził przy realizacji innych projektów, a które z powodzeniem stosuje w realizacji kolejnych zamówień. Wartość gospodarczą tych informacji trudno jest wyrazić jako konkretną wartość pieniężną, jednakże nie może budzić wątpliwości, że te informacje taką wartość posiadają. Wartość ta może być jednocześnie skwantyfikowana, jako różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Wykonawcę, a drugą w kolejności ceną w niniejszym postępowaniu. Informacje zawarte w wyjaśnieniach Wykonawcy pozwoliły mu bowiem na zaoferowanie ceny niższej od konkurentów, a więc informacje te mają co najmniej taką wartość gospodarczą. Taki stan rzeczy wynika również z przyjętych założeń co do realizacji Zamówienia, o których omówienie w Wezwaniu poprosił Zamawiający.

9.

Mimo, że oferta została przygotowana w oparciu o założenia poczynione dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wykonanie zamówienia objętego Postępowaniem, to ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą, pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia oraz sposobu jego realizacji już po zawarciu Umowy, co spowoduje zniwelowanie przewagi konkurencyjnej Wykonawcy w następnych postępowaniach, w których będzie brał udział. Straty z tym związane trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość, niemniej oczywistym pozostaje – w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego – że w sytuacji utraty możliwości uzyskania kolejnych zamówień, straty te wystąpią. Uwzględniając nawet minimalny zysk generowany przez Wykonawcę na kolejnych kontraktach, mogą sięgnąć nawet milionów złotych. Z tego względu informacje te należy uznać za posiadające wartość gospodarczą Wykonawcy i jako takie, za niepodlegające ujawnieniu.

10.

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje niniejszym zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie są powszechnie znane nieograniczonemu kręgowi osób. Wręcz przeciwnie

– dostęp do nich ma tylko i wyłącznie ściśle nadzorowana oraz wykwalifikowana kadra pracownicza Wykonawcy, która była zaangażowana w przygotowanie dokumentacji ofertowej Wykonawcy w Postępowaniu.

11.

Nie można też tracić z pola widzenia tego, że przedmiot zamówienia (ogółem) jest przedmiotem wyjątkowym w skali całego kraju. Objawia się to przede wszystkim jego złożonym charakterem oraz warunkami w jakich będzie realizowane zamówienie. Nie można więc w żaden sposób stwierdzić, że sporządzone przez Konsorcjum wyceny mają charakter powtarzalny albo polegały na prostym wypełnieniu przedmiarów i RCO udostępnionych przez Zamawiającego. Są to dane będące wynikiem rzetelnych i długotrwałych analiz, które dotyczą koncepcji realizacji zamówienia przez Konsorcjum, które są charakterystyczne dla tego „podmiotu” (wynikają z jego „know-how” przy realizacji tego typu inwestycji) Z tego względu ich odtajnienie może grozić tym, że w przypadku podobnych postępowań – konkurujący z Konsorcjum wykonawcy – mogą na skutek zastosowania inżynierii wstecznej złożyć oferty oferujące podobne rozwiązania, co samo w sobie potwierdza to, że zastrzeżone informacje osiadają „wartość gospodarczą” w zaprezentowanym powyżej brzmieniu, co dostrzegł zresztą sam Zamawiający.

12.

Uwzględniając w zamówieniu podstawowym formułę „projektuj i buduj” z jednoczesnym pozostawieniem cen w formie ryczałtu, Zamawiający, miał świadomość możliwości wykonawców w zakresie opracowania technologii prowadzenia robót poprzez subiektywne ich opracowanie, których efektem ma być należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Formułując dość ogólną strukturę formularza RCO Zamawiający umożliwił wykonawcom opracowanie indywidualnego „programu” realizacji zadania pozostawiając Wykonawcom pewną dowolność w doborze technologii i sposobu wykonania poszczególnych robót. Oznacza to również, że zamawiający powinien mieć świadomość, że koncepcja dotycząca technologii prowadzenia i wykonywania poszczególnych robót, opracowana przez wykonawców zawiera elementy dedykowane temu konkretnemu zamówieniu, które można opisać jako know-how Wykonawcy pozwalające na zoptymalizowanie kosztów realizacji zadania i znane wyłącznie Wykonawcy, który wycenę przygotował.

13.

Jednocześnie należy wskazać, że przywołane przez wykonawcę w treści rzeczonych wyjaśnień oferty podwykonawców obrazują przebieg jego wieloletnich relacji biznesowych, w ramach których uzyskał korzystne cenowo oferty związane z dostawą materiałów lub usług oraz realizacją robót budowlanych. Ich ujawnienie może zachwiać wieloletnimi relacjami biznesowymi zdobytymi przez Wykonawcę w stopniu, który uniemożliwi mu uzyskanie konkurencyjnych cen w przyszłości, co pogorszy jego sytuację na rynku zamówień publicznych, poprzez brak możliwości zaoferowania Zamawiającym publicznym

korzystniejszych cen, w konsekwencji uniemożliwiając uzyskanie danego zamówienia publicznego. Podwykonawcy złożyli przedmiotowe oferty w dobrej wierze licząc, że nie zostaną one ujawnione szerszemu gronu odbiorców bez ich zgody.

14.

Z dokumentów tych wynika nie tylko poziom cen, jaki spółka ma wypracowany w relacjach z podwykonawcami i dostawcami, uzyskany w wielu przypadkach dzięki wieloletniej współpracy na szeregu zadań zrealizowanych przez spółkę, ale także i krąg podmiotów, jakie wykonawca wykorzystuje celem tak wykonania, jak i ustalenia realności cen, prac. Może nazwy podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa sensu stricto ale ujawnienie ich, pozwoli na rozpoznanie tego najbliższego kręgu podwykonawców wykonawcy, z którymi Wykonawca najczęściej rozmawia, koryguje wyceny i eliminuje ryzyko. Poznanie przez konkurencję tych danych będzie w istotny sposób naruszało uzasadnione interesy Wykonawcy, a to pozwalając konkurencji na ustalenie poziomu opustów uzyskiwanych przez Wykonawcę w odniesieniu do poszczególnych podwykonawców i dostawców (co może przełożyć się na ograniczenie konkurencyjności Wykonawcy w tym zakresie, dając innym Wykonawcom instrument w ramach negocjacji z takimi podwykonawcami/dostawcami w zakresie oferowanych im cen). Innymi słowy przez ujawnienie tychże informacji naruszona mogłaby zostać konkurencyjność Wykonawcy budowana kosztem szeregu lat współpracy, niekoniecznie na początkowych etapach związana z maksymalizacją zysku po stronie Wykonawcy, a która pozwala mu obecnie na składanie konkurencyjnych ofert także z wykorzystaniem ofert podwykonawców (może więc dojść do zminimalizowania przewagi, jaką w danych aspektach posiada Wykonawca w stosunku do innych Wykonawców, a która to została uzyskana szczególnym staraniem Wykonawcy). Wykonawca podkreśla też, że jest on związany koniecznością utrzymywania tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa swoich kontrahentów.

15.

Jednocześnie Wykonawca podtrzymuje swoje wcześniejsze deklaracje, w zakresie dotyczącym weryfikacji ofert podwykonawczych pod kątem ceny oraz zgodności z warunkami zamówienia.

16.

Podsumowując powyższą część zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest zatem podkreślenie, że utajnione informacje nie mają znaczenia jedynie dla tego postępowania przetargowego, ale ich poznanie pozwoli innym podmiotom na ocenę i ulepszenie swojego procesu ofertowania, w tym dzięki procedurze określanej jako reverse engineering, a więc rozważaniem co zostało ominięte w ich działaniach, po porównaniu z informacjami, jakie wynikają z oferty Wykonawcy (sposobu budowania ceny). W konsekwencji doszłoby do uszczerbku po stronie Wykonawcy w

zakresie danych, które posiadają dla niego wymierną korzyść gospodarczą. Jednocześnie ujawnienie tych danych pozwoliłoby konkurencji na poznanie stosowanej u Wykonawcy strategii kalkulacyjnych (w tym metod kalkulacyjnych), która również sama w sobie stanowi o konkurencyjności Wykonawcy. I nie mówimy tu tylko o ZUE SA ale także o DUNA SA. Konsorcjum wykonawców okazało się „trafione” dlatego, iż spółki połączyły swoje potencjały jednocześnie nie rywalizując ze sobą wewnątrz. Podmioty, tj. ZUE (jako jeden z największych podmiotów, jakie działają na rynku infrastruktury kolejowej i miejskiej) i DUNA (jako jednej z największych podmiotów jakie działają w branży drogowej i obiektowej), które budują swoje strategie przez szereg lat, w związku z realizacją szeregu inwestycji i wyciągając z nich cenne doświadczenie, dzięki zaangażowaniu szeregu osób nie tylko na etapie kształtowania ofert, ale także i później, na etapie oceny racjonalności podejmowanych działań na etapie projektowania, w tym w szczególności w porównaniu do zamówień realizowanych następnie przez te podmioty. Innymi słowy Wykonawca angażuje istotne środki także w to, aby proces udoskonalania wynikał w szczególności z porównania przyjmowanych w literaturze założeń technicznych i organizacyjnych do specyfiki zadań rzeczywiście wykonywanych na potrzeby Zamawiającego. Podkreślenia też wymaga, że ujawnienie tych danych mogłoby pozwolić konkurencji na zniwelowanie efektów know-how opracowanych przez Wykonawcę w tym zakresie, co mogłoby osłabić pozycję Wykonawcy na rynku. Należy także na koniec dodać, iż podmioty wchodzące w skład konsorcjum współpracują ze sobą od lat startując wspólnie w różnych konfiguracjach w tym także do PKP PLK.

6.

Podkreślenia niewątpliwie wymaga, że Wykonawca nie utajnił całych wyjaśnień i wszystkich ofert podwykonawców, ale jedynie pojedyncze, ściśle określone, wskazane, najbardziej dla niego wrażliwe dane, które mogą pomóc konkurencji w poznaniu sposobu kalkulacji ceny (np. wartości/ cen, jakie udaje się osiągnąć Wykonawcy), sposobu organizacji pracy (opisanych we wstępnej części wyjaśnień, które niewątpliwie pozwalają na wypracowanie istotnych oszczędności), a także podmiotów, z którymi współpracuje i jakie oferują mu oni ceny (co pozwoli w przyszłości konkurencji na ewentualne negocjowanie i uzyskanie podobnych cen również na swoją rzecz). Wartość gospodarcza poszczególnych informacji ukazana jest i wynika nierzadko z ich opisu w składanych wyjaśnieniach, który naświetla, jakie korzyści płyną dla Wykonawcy z poszczególnych rozwiązań.

7.

Wykonawca, w wyjaśnieniach oraz złożonych do nich dokumentach przedstawia Zamawiającemu dane, które nie są znane innym Wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie (czy to indywidualnie, czy w całości), jak i nie mogą być powszechnie znane nawet osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, czy też łatwo dla nich dostępne. Pokazują one bowiem szczególne know-how Wykonawcy, w tym także i możliwe poziomy opustów kontrahentów Wykonawcy, można z niej też wyprowadzić wszystkie ww. informacje zastrzeżone jako tajemnica.

8.

Informacje zawarte w wyjaśnieniach jak i złożonych do nich dokumentach nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Dostęp do nich ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników (tudzież współpracowników) Wykonawcy, jak osoby odpowiedzialne za przygotowanie oferty, kalkulacji cenowej (i to wyłącznie w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) czy zarządów spółek.

9.

Ochrona poufności ww. informacji odbywa się zarówno w relacjach zewnętrznych - z kontrahentami, jak i wewnętrznych – z pracownikami (współpracownikami) i polegają m.in. na zobowiązaniu do zachowania tych informacji w tajemnicy (umowy/klauzule o zachowaniu poufności), ograniczeniu dostępu do osób kluczowych i wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym zabezpieczeniu systemów komputerowych (hasłami danych zapisywanych na serwerze) i przechowaniu fizycznych dokumentów w zamkniętych na klucz pomieszczeniach oraz zamykanej na klucz szafie. Wykonawca stosuje też zamknięty, wewnętrzny system komputerowy (posiadający zabezpieczenia przed nieuprawnionym dostępem z zewnątrz), w tym firmową pocztową skrynkę elektroniczną – do której dostęp posiada wyłącznie ściśle ograniczone grono pracowników organizacji Wykonawcy. Warto także zaznaczyć, że siedziba wykonawcy, w której znajdują się dane objęte tajemnicą – jest całodobowo ochraniają przez profesjonalną firmę ochroniarską, co oznacza, że żadna nieuprawniona osoba nie może dostać się na teren siedziby wykonawcy.

10.

Jako przykład stosowanych zabezpieczeń wykonawca wskazuje na następujące elementy budujące ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa:

a.

Polityka haseł:

- Hasła wygasają co 30 dni
- W ZUE istnieje wymóg tworzenia silnych haseł (min 8 znaków, min 1 wielka i 1 mała litera, cyfry oraz znak specjalny)
- Hasło automatycznie jest odrzucane jeśli zawiera część nazwy użytkownika lub imienia / nazwiska

b.

Polityka zabezpieczeń komputerów:

- Najnowszej generacji program antywirusowy z technologią EDR
- Odpowiednio dostosowane polityki GPO, które blokują potencjalnie niebezpieczne obszary systemu
- Centralne zarządzanie komputerami
- Cykliczne wykonywanie backupów
- Automatyczne blokowanie komputera po 5 min bezczynności

c.

Bezpieczeństwo korespondencji elektronicznej:

- Zaawansowane filtry antyspamowe
- Zaawansowane filtry antyphishingowe
- Cykliczne kampanie phishingowe wraz ze szkoleniem pracowników, przeprowadzane przez dział IT
- Wysyłanie i odbieranie poczty oraz komunikacja za pośrednictwem Teams odbywa się za pośrednictwem szyfrowanych kanałów
- Wdrożenie dwuskładnikowego uwierzytelniania

d.

Polityka zdalnego dostępu do danych:

- Połączenia są szyfrowane za pośrednictwem VPN
- Identyfikacja użytkownika następuje dzięki certyfikatowi, którego nie da się wyeksportować na inny komputer

e.

Polityka bezpieczeństwa sieci bezprzewodowej:

- Połączenia są szyfrowane
- Odseparowanie sieci firmowej od sieci dla gości
- Uwierzytelnienie za pośrednictwem WPA2 Enterprise

f.

Serwerownia:

- Kluczowe dane przechowywane są w serwerowni POLCOM o najwyższych standardach bezpieczeństwa.
- Kluczowe dane przechowywane są również na naszych serwerach w odseparowanej serwerowni, do której wejście posiadają tylko pracownicy działu IT

g.

Bezpieczeństwo sieci:

- Zaawansowane urządzenia brzegowe klasy UTM z filtrowaniem na poziomie deep
- packet inspection
- Kontrola aplikacji
- Kontrola WWW
- Szyfrowanie połączeń IPSec
- IPS

11.

Również w ramach polityki kadrowej Wykonawca wprowadził obowiązek bezwzględnego zachowania w tajemnicy informacji poufnych. Jako przykład należy wskazać zapisy Regulaminu Pracy ZUE S.A. (wyciąg w załączeniu do Wyjaśnień – Załącznik - w posiadaniu Zamawiającego) a to w szczególności w §5 ust. 2 lit. d i lit. e, §7 ust. 1 lit. h, czy §9 ust. 2 rzeczonego Regulaminu Pracy.

12.

W zakresie środków fizycznych ograniczających dostęp do informacji to DUNA POLSKA S.A. stosuje:

Budynek siedziby spółki

Siedziba spółki zlokalizowana jest w Krakowie przy ul. Opolskiej 110. W budynku znajduje się pełna dokumentacja dotycząca przedsięwzięć gospodarczych Oferenta w tym m.in. – umowy, faktury, dokumentacje przetargowe, dokumentacje księgowe, kadrowe, techniczne i w związku z tym budynek posiada szereg zabezpieczeń, tak mechanicznych jak i technicznych elektronicznych. Siedziba DUNA POLSKA S.A. objęta jest monitoringiem oraz elektronicznym systemem identyfikacji osób wchodzących na teren siedziby Wykonawcy (karty chipowe do zainstalowanych bramek dostępowych). Siedziba Wykonawcy, w której przechowywane są przedmiotowe informacje jest

objęta usługą ochrony wykonywaną przez podmiot stale i zawodowo zajmujący się świadczeniem tego typu usług. Powyżej opisane okoliczności, są istotne z uwagi na brzmienie orzeczenia KIO z dnia 04.01.2011 r. sygn. akt KIO/UZP 2709/10 w którym stwierdzono, że: „[...] Jeśli Wykonawca ten kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji (informacji objętych tajemnicą- przypis Wykonawcy), informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, mimo, że wie o nich pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do zachowania poufności [...]”.

Wyposażenie siedziby spółki/obieg dokumentów

Dokumentacja dotycząca przedsięwzięć gospodarczych jest pogrupowana w zależności od materii jakiej dotyczy i znajduje się w odrębnych pomieszczeniach. DUNA osobno przechowuje dokumentację techniczną, dokumentację dotyczącą obsługi prawnej, dokumentację kadrową i dokumentację księgową (w zamykanych na klucze szafach), które znajdują się w odrębnych pokojach, oddzielonych zamykanymi drzwiami.

Dodatkowo dokumenty zawierające informacje stanowiące tajemnicę handlową są przechowywane w miejscach szczególnie chronionych (sejf, szafy zamykane na klucz).

W przypadku danych przechowywanych na serwerach wewnętrznej sieci komputerowej zastosowanie znalazły systemy bezpieczeństwa IT przeciwdziałające cyberatakom (w postaci urządzeń filtrujących cały ruch sieciowy firmy, zabezpieczających przed dostępem do sieci oraz serwerów osób niepowołanych oraz oprogramowania antywirusowego wraz z narzędziem do filtrowania maili m.in. antyspam)

Żaden z pracowników nie posiada nieograniczonego dostępu do dokumentacji wszystkich działów. Zakazane jest wnoszenia dokumentacji poza siedzibę firmy, jak też ograniczanie możliwości kserowania i skanowania poszczególnych stron dokumentacji. Zbędne egzemplarze pism lub ich „brudnopisy” są natychmiast niszczone w przeznaczonych do tego celu urządzeniach. Dokumenty przechowywane są w zamykanych szafach/szufladach, do których klucze posiada ograniczona liczba pracowników.

Każdy z użytkowanych w siedzibie komputerów jest zabezpieczony indywidualnym hasłem (kombinacja cyfr i liter), znanym jedynie konkretnemu pracownikowi (posiadaczowi komputera), które należy wprowadzić przed rozpoczęciem pracy. Komputery są przypisane konkretnym pracownikom. Przed wirusami i złośliwym oprogramowaniem dane gromadzone na dyskach komputerów chroni oprogramowanie antywirusowe.

DUNA posiada stały nadzór informatyków, do którego zadań należą bieżące przeglądy bezpieczeństwa komputerów, jak również monitorowanie bezpieczeństwa sieci. Wiadomości e-mail wysyłane i otrzymywane przez każdego z pracowników za pośrednictwem konta służbowego, są gromadzone na zewnętrznym - zabezpieczonym - serwerze. Zakazane jest posługiwanie się innymi kontami pocztowymi.

Podsumowując powyższe uwzględniając stan wiedzy technicznej, DUNA wdrożyła środki techniczne i organizacyjne zapewniające należyty stopień ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, takie jak m.in.

- ograniczenie dostępu do pomieszczeń, w których przechowywane są dokumenty, jedynie dla osób upoważnionych;
- odpowiednie zamykanie pomieszczeń, w których przechowywane są informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa na czas nieobecności pracowników, w sposób uniemożliwiający dostęp do nich osobom trzecim;
- zabezpieczenie obszaru, w którym znajdują się ww. dokumenty przed czynnikami losowymi, takimi jak pożar lub powódź;
- wykorzystywanie zamykanych szafek, szuflad, sejfów lub innych środków technicznych uniemożliwiających osobom niepowołanym dostęp do przechowywanych w nich dokumentów;
- wdrożenie zasady tzw. „czystego biurka”, polegającej na zakazie pozostawiania przez pracowników jakichkolwiek dokumentów z danymi podczas ich nieobecności przy stanowisku pracy;
- zabezpieczenia sieci, zabezpieczenie przed złośliwym oprogramowaniem, stosowanie mechanizmów szyfrowania danych podczas przesyłania i przechowywania, dostęp do systemów IT wg nadanych uprawnień (ze wskazaniem kto nadaje uprawnienia), dostęp do systemów zabezpieczony hasłem;
- kontrola dostępu fizycznego do pomieszczeń – identyfikatory, zamykane pomieszczenia, szafy na dokumentację papierową znajdujące się w pomieszczeniach z ograniczonym dostępem;
- wdrożenie zasad zarządzania systemem informatycznym służącym do bezpiecznego przetwarzania i przechowywania informacji, w szczególności poprzez wdrożenie zasad monitorowania systemu zainstalowanego na komputerach i urządzeniach przenośnych, w szczególności ich bieżącego uaktualniania, wdrożenie zasad dotyczących tworzenia kopii zapasowych, uwierzytelnianie użytkowników, w szczególności poprzez nadawanie, zmianę zakresu bądź pozbawianie ich uprawnień w dostępie do systemu informatycznego, zasobów sieciowych, serwerów, obsługiwanych programów, obligatoryjne stosowanie haseł do urządzeń i ich okresowe modyfikowanie.

Ponadto Spółka weryfikuje dostawców systemów informatycznych poprzez sprawdzenie wdrożenia przez nich odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych.

Procedury wewnętrzne:

DUNA skrupulatnie przestrzega wewnętrznych reguł postępowania z informacjami sensytywnymi, w myśl których specjaliści poszczególnych branż nie znają informacji poufnych w innych branżach. Z kolei całością informacji

poufnych był wiadomy wyłącznie wąskiemu gronu osób przygotowujących ostateczną wersję oferty.

DUNA posiada wewnętrzne procedury dotyczące jej funkcjonowania, zawarte w dokumentach:

1. Instrukcja Ochrony Tajemnicy Przedsiębiorstwa w Mota-Engil Central Europe S.A. (aktualnie DUNA POLSKA) Załącznik - w posiadaniu Zamawiającego)
2. Wykaz informacji stanowiących TAJEMNICĘ Mota-Engil Central Europe S.A. (aktualnie DUNA POLSKA) – Załącznik - w posiadaniu Zamawiającego)

Pracownicy spółki zobowiązani są do stosowania się do zaleceń, poleceń służbowych oraz komunikatów wydawanych przez przełożonych w zakresie sprawnego funkcjonowania systemu ochrony informacji/dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w szczególności przestrzegając:

- a) zasad dotyczących zabezpieczenia fizycznego dokumentów,
- b) dbałości o bezpieczną eksploatację systemu informatycznego i sieciowego użytkowanego przez pracownika, w tym:
 - przestrzeganie zasad związanych ze zmianą hasła na komputerach i urządzeniach mobilnych,
 - wyłączenie komputera każdorazowo po zakończeniu pracy i opuszczeniu stanowiska pracy,
 - nieprzesyłanie informacji zgromadzonych na komputerach, na serwerach, skrzynkach mailowych i innych zasobach sieciowych do osób nieupoważnionych,
 - przestrzeganie zasad bezpieczeństwa przy przesyłaniu informacji (w szczególności poprzez szyfrowanie plików i przekazywanie haseł innym kanałem komunikacji),
 - powstrzymywanie się od wynoszenia dokumentów poza siedzibę Oferenta w jakiegokolwiek formie,
 - braku samodzielnego dorabiania kluczy zapasowych/kart dostępu umożliwiających dostęp do pomieszczeń biurowych.

13.

Dlatego też - jak pokazuje powyższe, zastrzegane przez Wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegającą ochronie. Wykazane zostały wszystkie niezbędne przesłanki dla ich utajnienia w Postępowaniu. Gdy dodatkowo weźmie się pod uwagę szerokie orzecznictwo w tym zakresie, za ugruntowany należy uznać pogląd, że niniejsze Wyjaśnienia i złożone do nich dokumenty, zawierające dane cenotwórcze, podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, ujawnienie ww., zastrzeżonych informacji może skutkować również utratą zaufania przez naszych potencjalnych podwykonawców, którzy zaoferowali nam korzystne ceny związane z realizacją zamówienia objętego Postępowaniem. Sposób ukształtowania ofert podwykonawczych, w tym w zakresie ceny ofertowej, wynika z długotrwałych i ugruntowanych relacji biznesowych. Ceny zaoferowane przez naszych podwykonawców nie są dostępne dla konkurencji, co przełożyło się na możliwość złożenia korzystnej cenowo oferty w tym Postępowaniu (co świadczy o znacznej wartości gospodarczej tych informacji oraz związanych z nimi relacji). Już na tej podstawie zasługują one na ochronę i nie powinny podlegać udostępnieniu wobec pozostałych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu.

14.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy z całą stanowczością stwierdzić, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte w Wyjaśnieniach i dokumentach stanowiących załączniki do wyjaśnień spełniają przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu w trybie art. 18 ust. 3 p.z.p. i wnosimy o ich nieudostępnianie innym wykonawcom

(por. wyjaśnienia z załącznikami, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że 17 kwietnia 2025 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pisma o sygn. DPW\2025\01583 z 3 kwietnia 2025 r. oraz załączników nr 1-8 do niego, oznaczonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W zawiadomieniu tym zamawiający wskazał, co następuje. (...)

8. Wykonawca Konsorcjum ZUE zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa dwie kategorie informacji – pismo z wyjaśnieniami z dnia 03.04.2025 r. oraz załączniki nr 1-8 do niego dalej „Zastrzeżenia ZUE”:

1. Uszczegółowienie pozycji nr 3.1. „Ściana oporowa przy ulicy Grodzkiej”;
2. Oferta podwykonawcy na wykonanie ścian oporowych ;
3. Pełna treść oferty AZD Praha ;
4. Uszczegółowione wyjaśnienia branży torowej ;
5. Oferty podwykonawcze uzupełnione o pełną treść ;
6. Oferta dotycząca okładziny z bloczków;
7. Oferta podwykonawcy branży mostowej
8. Oferta na grodzice

9. Uzasadniając objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa kalkulacji cenowych, ZUE S.A. wskazuje iż: Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że informacje przekazywane przez Wykonawcę wraz z niniejszym pismem mają charakter organizacyjny oraz częściowo techniczny i technologiczny. Składają się na nie bowiem

informacje dotyczące:

- a. metod i strategii kalkulacji ofertowej stosowanych przez Wykonawcę, pozwalających obniżyć cenę ofertową;
- b. strategii organizacji procesu budowlanego przez Wykonawcę w celu maksymalizacji jego efektywności i ekonomiczności;

Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia Wykonawcy, jego przemyśleń i strategii co do realizacji kontraktów infrastrukturalnych, jego swoiste know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk.

Jakkolwiek niektóre z ww. informacji rozpatrywanych samodzielnie (np. poszczególne wartości), bez powiązania z pozostałymi, mogą nie mieć wartości gospodarczej czy też być dostępne, o tyle cały zbiór tych informacji, ze wskazaniem ich wzajemnych powiązań, usystematyzowaniem i uporządkowaniem, stanowi zbiór istotny dla Wykonawcy danych. W dobie znacznej rywalizacji o pozyskiwanie zamówień w sektorze kolejowym, nie tylko w Polsce, ale również poza jej granicami, takie organizacyjne know-how ma bezpośredni wpływ na skuteczność w zakresie konkurowania. Zbiór ten pozwala Wykonawcy zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług. Zarówno Wykonawca nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci Wykonawcy, nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych Wykonawcy."

10. Odnosząc się do powyższego, należy jednak wskazać, iż Zamawiający nie identyfikuje w wyjaśnieniach żadnych informacji potwierdzających zastosowanie szczególnego know – how w postaci konkretnych, szczególnych sposobów wykonania, zaproponowanych rozwiązań pozwalających na zaoferowanie korzystniejszej ceny. Kalkulacje cenowe, obejmują wyszczególnienie asortymentów robót – ZUE S.A. nie wskazał w żaden sposób, z jakiego powodu poszczególne kalkulacje dają mu przewagę rynkową i dlatego, tak opisana kalkulacja cenowa, stwarza przewagę rynkową, której ujawnienie może

spowodować jej utratę.

Wykonawca, oprócz ogólnikowych twierdzeń, nie wykazał, z jakiego powodu „Zbiór ten pozwala Wykonawcy zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług.”

11.

Należy w tym miejscu przywołać stanowisko Izby, zaprezentowane w wyroku KIO 808/23: „Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. Na ochronę nie zasługuje informacja o wprowadzonych przez wykonawcę autorskich, unikalnych rozwiązaniach technicznych i organizacyjnych. W złożonych wyjaśnieniach (...) Sp. z o.o. nie zawarła szczegółowych opisów wspomnianych rozwiązań. Wykonawcy nie mogą zatem z treści złożonych wyjaśnień powziąć wiedzy o szczegółach rozwiązań, które ewentualnie mogliby wprowadzić w swoich podmiotach. Sama informacja o tym, że (...) Sp. z o.o. wprowadziła unikalne, autorskie rozwiązania, bez ujawnienia tych rozwiązań, w żaden sposób nie wpływa na sytuację tego wykonawcy na rynku”.

12.

Z kolei w wyroku KIO 1199/23, r. Izba wskazała, iż „Samo zaoferowanie w poszczególnych pozycjach cen, jakkolwiek jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy, to jednak znajduje przełożenie na cenę jego oferty, która jest jawna. Trudno bez konkretnego wyjaśnienia wykonawcy uznać, że w analizowanym postępowaniu, sama wycena, dokonana w narzuconych przez Zamawiającego ramach, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”.

13.

Konsorcjum ZUE podjęło próbę wyjaśnienia, z jakiego powodu kalkulacje cenowe powinny zostać utajnione, jednakże wyjaśnienie to nie zostało w żaden sposób skonkretyzowane, jedynie sprowadza się do ogólnego stwierdzenia, że zbiór cen, składających się na kalkulację, stanowi przejaw know- how wykonawcy, skutkujący przewagą rynkową. Wykonawca nie wyjaśnił jednak czym przejawia się ta przewaga, w odniesieniu do konkretnych kalkulacji i konkretnych informacji.

14.

Zgodnie ze stanowiskiem Izby natomiast, wyrażonym w wyroku KIO 708/23: „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”.

15.

W odniesieniu do analizowanego przypadku, Konsorcjum ZUE nie wykazało, iż przedstawione kalkulacje mają unikalny, autorski charakter i posiadają elementy je wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii.

16.

Należy przy tym podkreślić, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może opierać się na subiektywnym

przekonaniu wykonawcy i jego deklaracjach, co do wartości gospodarczej poszczególnych informacji. Jak wynika z orzecznictwa KIO, samo oświadczenie Wykonawcy nie jest wystarczające dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

„W art. 18 ust. 3 p.z.p. ustawodawca uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszczyły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.” (wyrok KIO z 27.03.2023, KIO 674/23, LEX nr 3529790)”.
17.

Samo przekonanie Wykonawcy, o tym, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi jeszcze podstawy dla skutecznego zastrzeżenia tych informacji: Jak wskazała KIO w wyrok KIO z 6.02.2024 r., KIO 190/24, LEX nr 3704973): Ustawodawca w art. 18 ust. 3 p.z.p. nałożył na wykonawcę zastrzegającego określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa obowiązek wykazania, iż spełnione są przesłanki uzasadniające takie zastrzeżenia. Obowiązek „wykazania” winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia” w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

18.

Ponadto, Konsorcjum ZUE nie dochowało należytej staranności w zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mimo wskazania, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczone fragmenty pisma, takiego oznaczenia nie stosuje. Brak zaznaczenia Zamawiającemu fragmentów pisma, sprawia, że nie wiadomo, które informacje powinny być chronione przed ich ujawnieniem.

19.

Odnosząc się do kwestii objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części ofert podwykonawczych, Konsorcjum ZUE wskazuje: Z dokumentów tych wynika nie tylko poziom cen, jaki spółka ma wypracowany w relacjach z podwykonawcami i dostawcami, uzyskany w wielu przypadkach dzięki wieloletniej współpracy na szeregu zadań zrealizowanych przez spółkę, ale także i krąg podmiotów, jakie wykonawca wykorzystuje celem tak wykonania, jak i ustalenia realności cen, prac. Może nazwy podwykonawców nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa sensu stricto ale ujawnienie ich, pozwoli na rozpoznanie tego najbliższego kręgu podwykonawców wykonawcy, z którymi Wykonawca najczęściej rozmawia, koryguje wyceny i eliminuje ryzyko. Poznanie przez konkurencję tych danych będzie w istotny sposób naruszało uzasadnione interesy Wykonawcy, a to pozwalając konkurencji na ustalenie poziomu opustów uzyskiwanych przez Wykonawcę w odniesieniu do poszczególnych podwykonawców i dostawców (co może przełożyć się na ograniczenie konkurencyjności Wykonawcy w tym zakresie, dając innym Wykonawcom instrument w ramach negocjacji z takimi podwykonawcami/dostawcami w zakresie oferowanych im cen). Innymi słowy przez ujawnienie tychże informacji naruszona mogłaby zostać konkurencyjność Wykonawcy budowana kosztem szeregu lat współpracy, niekoniecznie na początkowych etapach związana z maksymalizacją zysku po stronie Wykonawcy, a która pozwala mu obecnie na składanie konkurencyjnych ofert także z wykorzystaniem ofert podwykonawców (może więc dojść do zminimalizowania przewagi, jaką w danych aspektach posiada Wykonawca w stosunku do innych Wykonawców, a która to została uzyskana szczególnym staraniem Wykonawcy). Wykonawca podkreśla też, że jest on związany koniecznością utrzymywania tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa swoich kontrahentów.

20.

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej.⁵ Uzasadnienie Konsorcjum ZUE opiera się natomiast na hipotezie, o bliżej nieokreślonym negatywnym skutku, jaki miałoby mieć ujawnienie informacji o ofertach podwykonawcy. Ujawnienie kręgu podwykonawców, nie oznacza bowiem w żaden sposób możliwości uzyskania przez innych kontrahentów takiego samego poziomu cen. Wartością gospodarczą byłoby bowiem dopiero wykazanie, że określone relacje handlowe przekładają się w określony sposób na uzyskiwaną cenę ofertową, zaś ujawnienie tej informacji mogłoby prowadzić do utraty przewagi rynkowej.

21.

Jak wskazała Izba w wyroku KIO 234/24: „Samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów.”

22.

Powyższa teza znajduje pełną analogie do analizowanego stanu faktycznego.

23.

Samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej.

24.

Jak wskazała KIO w wyroku KIO 234/24:

„Samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów.”

25.

Istotną wytyczną, co należy badać, weryfikując skuteczność zastrzeżenia umów podwykonawczych, stanowi wyrok KIO 4968/24, z 3 lutego 2025 r., w którym Izba, nie uznając za zasadne zastrzeżenia umów podwykonawczych, załączonych do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, wskazuje: „Z treści umów podwykonawczych nie wynikało, że opisane tam stawki podwykonawców wynikały z dobrodziejstwa niespotykanych na rynku, konkurencyjnych stawek, warunków, rabatów, nieznanych innym konkurentom rozwiązań, które są oferowane wyłącznie przystępującemu IDOM. Przystępujący IDOM nie wykazał także, że ceny oferty podwykonawców są unikalne, niedostępne na rynku ani jaka jest ewentualna różnica między stawkami z ofert podwykonawczych, a cenami rynkowymi. Nie wykazał, że podwykonawcy oferują korzystniejsze warunki współpracy jemu względem innych wykonawców. Nie wiadomo było także, w jaki sposób zastrzegane informacje mogą zostać wykorzystane przez innego wykonawcę. Nie wykazano ani jednego przypadku próby „podkupowania” podwykonawców”.

26.

W analizowanym przypadku, umowy podwykonawcze, ani złożone zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, również takich okoliczności nie wskazują. Pozostaje przy tym bez znaczenia ujęcie w ofertach podwykonawczych klauzul o zachowaniu poufności – to na wykonawcy ciąży bowiem obowiązek wykazania istnienia przesłanek zastrzeżenia danej informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa – przyjmując inaczej należałoby uznać, że dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wystarczające jest złożenie samego oświadczenia przez podwykonawcę lub wykonawcę, iż dana informacja jest informacją poufną.

27.

Z powyższego względu z uwagi na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, Zastrzeżenia ZUE należy uznać za nieskuteczne.

28.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający dokonuje odtajnienia pisma o sygn. DPW\2025\01583 z dnia 03 kwietnia 2025 r. oraz załączników nr 1-8 do niego, oznaczonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, ze względu na brak wypełnienia łącznie przesłanek wynikających z dyspozycji art. 11 ust. 2 u.z.n.k, z uwagi na brak wykazania przez Wykonawcę spełnienia przesłanki wartości gospodarczej o której mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

29.

Dokumenty zostaną odtajnione po upływie terminu na wniesienie odwołania.

(por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy).

Postępowanie odwoławcze podlegało częściowo umorzeniu w zakresie zarzutu dotyczącego czynności uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załączniku nr 8 do wyjaśnień odwołującego z 3 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

W trakcie rozprawy przed izbą 27 maja 2025 r. odwołujący oświadczył, że cofa częściowo odwołanie w zakresie

zarzutu dotyczącego czynności uznania przez zamawiającego za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załączniku nr 8 do wyjaśnień odwołującego z 3 kwietnia 2025 r. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”) przez błędną ocenę i brak uznania jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odsłonięcie wyjaśnień odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazał, że ww. wyjaśnienia spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla odwołującego).

Po pierwsze podkreślenia wymagało, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, 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 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (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.* Przypomnieć należało, że pierwotnie na gruncie poprzedniej ustawy Pzp z 2004 r. ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). 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.”.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek „wykazania” zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli zadeklarowanie przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne zadeklarowanie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na konieczność wymagania przez zamawiającego, aby podmiot zastrzegający informację jako poufną wykazał

przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 17 listopada 2022 r. wydanym w sprawie C-54/21 (Antea Polska S.A. przeciwko Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie). W motywie 65 tego wyroku Trybunał zwrócił bowiem uwagę, że *W tym względzie należy przypomnieć, że 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* (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt 117). Podobnie w motywie 117 wyroku z 7 września 2021 r. wydanego w sprawie C-927/19 (*Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*) Trybunał wskazał, że *Jednakże, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 40 i 41 opinii, instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne. Wykonawca taki musi bowiem wykazać, że informacje, których ujawnieniu się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter, na przykład poprzez dowiedzenie, że obejmują one tajemnice techniczne lub handlowe, że ich treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji lub że ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę.*

Dopiero zatem gdy podmiot zainteresowany udźwignie wynikający z art. 18 ust. 3 Pzp ale także orzecznictwa Trybunału ciężar wykazania, że zastrzegane przez niego informacje rzeczywiście mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, to po stronie zamawiającego zaktualizuje się obowiązek ich nieujawniania.

Przedmiotem oceny izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez odwołującego informacji i uzasadnienia ich poufności prawidłowo ustalili, czy odwołujący nie zdołał wykazać, iż tajemnicę jego przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w wyjaśnieniach z 3 kwietnia 2025 r. i załącznikach nr 1-7 do tych wyjaśnień. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, odwołujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtyśński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwej*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do zastrzeganej informacji, a nie jedynie głośłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Ponadto informacja musi mieć wartość gospodarczą w sposób obiektywny, nie wystarczy do tego oderwane od rzeczywistości, subiektywne przeświadczenie samego wykonawcy, że tak jest.

Zdaniem izby zamawiający słusznie ocenił, że odwołujący nie sprostał przede wszystkim ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych przez siebie informacji.

Na wstępie nie można było się zgodzić z odwołującym jakoby zamawiający nie dokonał dostatecznej analizy skuteczności uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w jego wyjaśnieniach ceny z 3 kwietnia oraz w załącznikach nr 1-7 do tych wyjaśnień. Zamawiający – jakkolwiek rzeczywiście w uzasadnieniu swej czynności rozlegle przywoływał podglądy piśmiennictwa czy orzecznictwa, to dostatecznie jednak także wskazał odwołującemu kluczowe powody, dla których zastrzegane informacje będą podlegały odtajnieniu i na czym

polegały niedostatki w wykazaniu przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że - wbrew twierdzeniom odwołującego – zamawiający nie dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia abstrakcyjnie, to jest w oderwaniu od złożonego przez odwołującego uzasadnienia.

Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia przykładowo wskazał:

Konsorcjum ZUE podjęło próbę wyjaśnienia, z jakiego powodu kalkulacje cenowe powinny zostać utajnione, jednakże wyjaśnienie to nie zostało w żaden sposób skonkretyzowane, jedynie sprowadza się do ogólnego stwierdzenia, że zbiór cen, składających się na kalkulację, stanowi przejaw know-how wykonawcy, skutkujący przewagą rynkową. Wykonawca nie wyjaśnił jednak czym przejawia się ta przewaga, w odniesieniu do konkretnych kalkulacji i konkretnych informacji. (...)

W odniesieniu do analizowanego przypadku, Konsorcjum ZUE nie wykazało, iż przedstawione kalkulacje mają unikalny, autorski charakter i posiadają elementy je wyróżniające na tle typowo stosowanych metodologii. (...)

Uzasadnienie Konsorcjum ZUE opiera się natomiast na hipotezie, o bliżej nieokreślonym negatywnym skutku, jaki miałoby mieć ujawnienie informacji o ofertach podwykonawcy. Ujawnienie kręgu podwykonawców, nie oznacza bowiem w żaden sposób możliwości uzyskania przez innych kontrahentów takiego samego poziomu cen. Wartością gospodarczą byłoby bowiem dopiero wykazanie, że określone relacje handlowe przekładają się w określony sposób na uzyskiwaną cenę ofertową, zaś ujawnienie tej informacji mogłoby prowadzić do utraty przewagi rynkowej. (...)

Nie można było się zgodzić z odwołującym jakoby wykazał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa rzeczowe okoliczności, które przemawiają za przyjęciem, że posiadają one dla niego wartość gospodarczą, w sposób możliwie jak najbardziej wyczerpujący uwypuklając ewentualne skutki ujawnienia informacji do publicznej wiadomości. Zdaniem izby zamawiający prawidłowo ocenił, że sporządzone przez odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa choć wielostronicowe, to w istocie ma charakter ogólnikowy, szablonowy i gołosłowny, niekonkretny, oderwany od zastrzeganych informacji i które może być złożone w każdym postępowaniu, gdzie wykonawca składa kosztorys i ofertę podwykonawczą.

Odwołujący w odwołaniu zdawał się wywodzić, że skoro zastrzegana informacja jest kalkulacją cenową to niejako automatycznie oznacza, że ma ona wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. W pkt 45 odwołania wskazał, że „Oczywistym wydaje się, że kalkulacje cenowe pełnią funkcję kluczowego nośnika wartości gospodarczej. (...)”. W pkt 35 odwołania odwołujący wskazał, że jego zdaniem dany dokument już „na pierwszy rzut oka” niesie wrażliwą informację (jak np. ceny jednostkowe; szczegółowa kalkulacja etc.).

Zamawiający prawidłowo ocenił, że z takim stanowiskiem nie można było się zgodzić. Kalkulacja cenowa to po prostu rozbiecie zaoferowanej ceny na poszczególne elementy cenotwórcze. Innymi słowy są to tylko pewne wartości kwotowe, za jakie ktoś oferuje wykonanie danego elementu przedmiotu zamówienia. Wartość gospodarczą może posiadać jakiś unikalny, nieznan sposób dojścia do danej kwoty, wyjątkowe warunki umożliwiające zastosowanie danej ceny. Zdaniem izby tę unikalność, wyjątkowość należy wykazać. Przy przyjęciu stanowiska odwołującego za tajne należałoby uznawać wszystkie bez wyjątku kosztorysy ofertowe składane przez wykonawców w toku postępowań o udzielenie zamówień, a nawet rozbiecia ceny ryczałtowej, które wszak też stanowią pewną kalkulację cenową.

Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia szeroko, lecz nadzwyczaj ogólnie jedynie wielokrotnie zapewniał zamawiającego, że ujawnienie zastrzeżonych informacji pozwoli innym wykonawcom na uzyskanie wiedzy na temat metod i strategii kalkulacji ofertowej stosowanych przez niego, pozwalających obniżyć cenę ofertową; strategii organizacji procesu budowlanego przez niego w celu maksymalizacji jego efektywności i ekonomiczności.

Jednakże zamawiający słusznie dostrzegł, że odwołujący nie opisał na czym konkretnie miałyby polegać ta unikalna metoda i strategia kalkulacji rzekomo nieznaną innym wykonawcom. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie rozwinął tę myśl wskazując, że odwołujący nie wskazał żadnej unikatowej metody wyliczenia, żadnej autorskiej koncepcji, żadnego modelu kosztowego. Co więcej, odwołujący nie tylko w uzasadnieniu, ale nawet na rozprawie nie potrafił wskazać, w którym konkretnie miejscu swego uzasadnienia opisał owe istotne nowum w metodzie wyliczania, gdzie opisał ową autorską koncepcję czy jakiś unikalny, nieznanym innym wykonawcom model kształtowania ceny.

Nie wykazano, że stawki z kalkulacji czy z ofert podwykonawczych mają jakiś niespotykany, unikalny na rynku poziom, że są przykładowo wynikiem jakichś niedostępnych innym wykonawcom rabatów od podwykonawców czy kontrahentów. Nie złożono dowodów pochodzących od tych podwykonawców czy kontrahentów ani jakichkolwiek innych na okoliczność wyjątkowości stosowanych stawek, ofert, niedostępności innym wykonawcom. Nie porównano ich np. ze stawkami rynkowymi celem wykazania ich unikalności ale przede wszystkim niedostępności innym wykonawcom, gdyby

zwrócili się o takie same stawki do tych samych podwykonawców czy kontrahentów. W braku dowodu przeciwnego zamawiający musiał zatem przyjąć, że zastosowane ceny, stawki, marże nie odbiegają od stawek dostępnych innym wykonawcom działającym na tym rynku. Zamawiający słusznie dostrzegł, że odwołujący usiłował zastrzec zwykłe informacje o częściach składowych ceny, stanowiące proste rozbitcie ceny ofertowej. Natomiast tajemnicę przedsiębiorstwa mogłyby stanowić unikalne, wyjątkowe czynniki mogące mieć wpływ na obniżenie ceny, czego jednak nie tylko nie wykazano, ale nawet nie omówiono.

Odwołujący w odwołaniu podniósł także, że *Ujawnienie takich danych (sposobu kalkulacji) mogłoby umożliwić konkurentom odwzorowanie lub modyfikację stosowanych metod wyceny, co w efekcie osłabiłoby przewagę konkurencyjną przedsiębiorstwa oraz negatywnie wpłynęłoby na jego rentowność.*

Ja wynikało z ww. fragmentu odwołania odwołujący upatrywał konieczności zastrzeżenia, gdyż posiada jakąś autorską metodę wyceny, której odwzorowanie pozwoliłoby innym wykonawcom na jej zastosowanie i wygrywanie przetargów. Abstrahując od tego, że nie opisano o jaką konkretnie metodę wyceny umożliwiającą wygrywanie przetargów chodzi, to powyższe twierdzenie odwołującego pozostawało w sprzeczności z uzasadnieniem zastrzeżenia złożonym zamawiającemu. W uzasadnieniu tym odwołujący wprost bowiem przyznawał, że *Nie można więc w żaden sposób stwierdzić, że sporządzone przez Konsorcjum wyceny mają charakter powtarzalny albo polegały na prostym wypełnieniu przedmiarów i RCO udostępnionych przez Zamawiającego.* W przywołanym fragmencie odwołujący przyznał zatem, że kalkulacja sporządzona na potrzeby tego zamówienia ma charakter indywidualny, nie ma charakteru powtarzalnego. Skoro tak, to nie będzie mogła zostać powtórzona w innych przetargach i kalkulacjach. Poznanie jej przez konkurentów jest zatem bez znaczenia, skoro nie będzie mogła zostać zastosowana przez nich, ani nawet przez samego odwołującego w przyszłości.

Na wniosek zamawiającego izba przeprowadziła dowód z dokumentu – oświadczenia odwołującego z 29 kwietnia 2025 r. o cofnięciu przez niego odwołań wniesionych przez odwołującego do prezesa izby w sprawach o sygn. akt KIO 1295/25 oraz KIO 1349/25. Jak wynikało z dowodu odwołujący złożył oba przedmiotowe odwołania wobec czynności zamawiającego podjętych w tym samym postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że odwołujący wycofał odwołania wobec poprzednich czynności zamawiającego polegających na odtajnieniu poprzednich wyjaśnień ceny odwołującego. Wskazał na zbliżone uzasadnienie faktyczne wycofanych odwołań i zbliżone uzasadnienie zastrzeganych poprzednio wyjaśnień, na których odtajnienie odwołujący ostatecznie się zgodził. Zdaniem izby powyższy dowód świadczył co najmniej o niekonsekwencji odwołującego i poddawał w wątpliwość, czy unikalna metodologia wyceny oferty w tym postępowaniu, na jaką się powoływał, nie jest już jawna, co samo przez się wyklucza uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Warunkiem uznania pewnej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest bowiem także to, aby nie była ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie była łatwo dostępna dla takich osób, a uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia spornych informacji wskazał także, że *Konsorcjum ZUE nie dochowało należytej staranności w zastrzeżeniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ mimo wskazania, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczone fragmenty pisma, takiego oznaczenia nie stosuje. Brak zaznaczenia Zamawiającemu fragmentów pisma, sprawia, że nie wiadomo, które informacje powinny być chronione przed ich ujawnieniem.*

Izba stwierdziła, że prawdą jest, że odwołujący w swym uzasadnieniu zastrzeżenia wskazywał wielokrotnie, że jego rzekoma tajemnica przedsiębiorstwa znajduje się tylko we fragmentach składowych dokumentów. Na str. 16 uzasadnienia zastrzeżenia odwołujący wskazał, że *Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczone fragmenty pisma oraz załączniki nr 1-7 do niego.* Również na stronie 26 uzasadnienia zastrzeżenia odwołujący wskazał, że *Podkreślenia niewątpliwie wymaga, że Wykonawca nie utajnił całych wyjaśnień i wszystkich ofert podwykonawców, ale jedynie pojedyncze, ściśle określone, wskazane, najbardziej dla niego wrażliwe dane, które mogą pomóc konkurencji w poznaniu sposobu kalkulacji ceny (...).* Tym samym a contrario sam odwołujący przyznawał, że część złożonych wyjaśnień z 3 kwietnia 2025 r. i załączonych dokumentów nie zawiera jakiegokolwiek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła kolejno, że wbrew swym twierdzeniom odwołujący nie oznaczył w żaden sposób fragmentów pisma i dokumentów zawierających najbardziej wrażliwe dokumenty. Wyjaśnienia i dokumenty zostały zastrzeżone bowiem jako całość. Powyższe uchybienie słusznie dostrzegł zamawiający. Izba stwierdziła ponadto, że odwołujący w odwołaniu nie odniósł się do tego powodu odtajnienia przez zamawiającego spornych wyjaśnień i załączników nr 1-7 do nich. Podkreślenia wymagało, że nawet na etapie postępowania odwoławczego (co byłoby spóźnione) odwołujący nie wyjaśnił, która część zastrzeżonych przez niego w całości dokumentów jednak nie zawiera tajemnicy przedsiębiorstwa. Tymczasem, w świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest także aby uprawniony do korzystania z informacji

lub rozporządzania nimi *podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności*. Takim aktem staranności jest także obowiązek wykazania wynikający z art. 18 ust. 3 Pzp, w którym mieści się także nakaz prawidłowego wydzielenia i oznaczenia tej tajemnicy. Wykazanie, że wobec zastrzeganych informacji zostały łącznie wypełnione przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest kluczowe dla uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym brak takiego wykazania, który wystąpił w analizowanym postępowaniu, oznacza, że wykonawca godzi się na ich ujawnienie.

Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, 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. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający miał obowiązek stwierdzić bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.

Za nieprzydatny dla wyrokowania w tej sprawie izba uznała złożony przez odwołującego na rozprawie dowód w postaci korespondencji mejlowej z 26 maja 2025 r. pochodzącej od Izby Gospodarczej Transportu Lądowego w Warszawie wraz z załącznikiem. Dowód ten obejmował zgłoszenie przystąpienia z 26 maja 2025 r. ww. podmiotu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski na „*wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 7 odcinek Warszawa Wawer-Otwock*”. Wedle odwołującego dowód ten został złożony na okoliczność wykazania niepokojących praktyk zamawiającego polegających na odtajnieniu informacji, które wystąpiły w ocenie tego podmiotu.

Przedmiotem oceny izby w tej sprawie było rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu informacji złożonych przez odwołującego w kontekście niedostatków uzasadnienia zastrzeżenia, jakie sporządził odwołujący w tym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał aby w postępowaniu, o którym była mowa w złożonym dowodzie, zastrzeżono identyczne informacje. Odwołujący nie wykazał także, że w tamtym postępowaniu wykonawca zastrzegający informacje sporządził identyczne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które następnie zostało ocenione identycznie przez tego samego zamawiającego. W związku z tym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawało stanowisko Izby Gospodarczej Transportu Lądowego w Warszawie wyrażone wobec czynności zamawiającego podjętej w innym postępowaniu, wobec innych zastrzeganych informacji i w sytuacji, gdy zostało przedstawione tam zapewne inne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut nr 1 odwołania, to jest zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) przez błędną ocenę i brak uznania jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odtajnienie wyjaśnień odwołującego, podczas gdy odwołujący wykazał, że ww. wyjaśnienia spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla odwołującego).

W konsekwencji chybiony okazał się zarzut nr 2 odwołania, to jest zarzut art. 16 pkt 1-3 Pzp przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości. Nie zostało wykazane, aby zamawiający naruszył ww. zasady.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenia izby zawarte w pkt 1 i 3 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowań, a zatem były postanowieniami. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik*

postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” *Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw w wysokości 51 zł ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Odwołujący wycofał częściowo odwołanie już po otwarciu rozprawy. Odwołanie w zakresie rozpatrywanym merytorycznie okazało się zaś niezasadne. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący w całości.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b i d 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).

Przewodniczący:.....