

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2025 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 30 maja 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mirbud S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach** oraz **TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni** (sygn. akt KIO 2178/25),

B.w dniu 30 maja 2025 r. przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** (sygn. akt KIO 2183/25)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji na zaprojektowanie (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu “Prace na odcinku Maksymilianowo – Kościerzyna”**

orzeka:

KIO 2178/25

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mirbud S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach** oraz **TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni** i:

2.1. 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 **Mirbud S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach** oraz **TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mirbud S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach** oraz **TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji** kwotę **3.617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

KIO 2183/25

3. oddala odwołanie,

4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **17 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa,

4.2. zasądza od wykonawcy **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, Centrum Realizacji Inwestycji** kwotę **3.617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

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 2178/25, KIO 2183/25

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 (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu “Prace na odcinku Maksymilianowo – Kościerzyna”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 listopada 2024 r., Dz.U. S: 230/2024, nr 719282-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu 30 maja 2025 r. do prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołania:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mirbud S.A. w Skierniewicach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” sp. z o.o. w Kielcach oraz TORHAMER sp. z o.o. w Gdyni, zwani dalej „odwołującym I”,

2) wykonawca Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, zwany dalej „odwołującym II”.

Zarządzeniem prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania te zostały połączone do wspólnego rozpoznania i oznaczone odpowiednio sygn. akt KIO 2178/25 oraz sygn. akt KIO 2183/25.

Sygn. akt KIO 2178/25

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk”) poprzez odtajnienie (pismem z dnia 20 maja 2025 r.) informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez niego pismem z dnia 25 kwietnia 2025 r., w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu, podczas gdy wykazał on, że dokumenty i informacje te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa;

a w konsekwencji powyższych:

2) art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez niego pismem z 25 kwietnia 2025 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny – zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa (oznaczona część wyjaśnień oraz załączniki).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2178/25, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Sygn. akt KIO 2183/25

Odwołujący II 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 (dalej: „uznk”), poprzez odtajnienie informacji ujętych w załącznikach nr 1, 2a, 3a, 4-6, 10-16 do swego pisma z 25 kwietnia 2025 r. w przedmiocie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (dalej: „Wyjaśnienia RNC”), pomimo że załączniki te i informacje w nich zawarte zostały skutecznie i prawidłowo zastrzeżone przez niego i stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów, a w konsekwencji nieuprawnione ujawnienie konkurencji informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 1 uznk) oraz

2) art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności odtajnienia informacji ujętych w załącznikach nr 1, 2a, 3a, 4-6, 10-16 do swych wyjaśnień RNC,

2) uznania, że informacje ujęte w załącznikach nr 1, 2a, 3a, 4-6, 10-16 do jego wyjaśnień RNC zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie powinny zostać odtajnione.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 po stronie odwołującego zgłosiła przystąpienie Izba Gospodarcza Transportu Lądowego w Warszawie. Wniosła o uwzględnienie odwołania.

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 odwołujących, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony 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.

KIO 2178/25

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie (w zakresie branży SRK i telekomunikacja) i wykonanie robót dla zadania pn.: „Odcinek 1 – roboty budowlane na linii kolejowej nr 201 stacja Maksymilianowo” w ramach projektu “Prace na odcinku Maksymilianowo – Kościerzyna”.

Kolejno ustalono, że do upływu terminu do składania ofert do zamawiającego wpłynęły m.in. oferta odwołującego I. (por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 11 kwietnia 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 wezwał odwołującego I do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty.

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

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący I złożył wyjaśnienia z 25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami. Oświadczył, że niniejsze pismo oraz załączniki do pisma zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z czym treść dokumentu (odpowiednio oznaczona) oraz załączniki nie mogą być ujawniane oraz udostępniane podmiotom trzecim.

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

Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczają część wyjaśnień oraz załączone do niniejszych wyjaśnień załączniki w postaci ofert podwykonawców, dostawców oraz kalkulacji (załączniki 1-31 oraz 39-44).

Wykonawca oświadcza, że wyżej wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają następujące informacje:

- metody kalkulacji stosowane przez Wykonawcę i dane cenotwórcze dostępne i wykorzystywane przez Wykonawcę (inne informacje posiadające wartość gospodarczą),
- informacje o partnerach biznesowych i kontrahentach Wykonawcy oraz o warunkach współpracy dostępnych Wykonawcy (inne informacje posiadające wartość gospodarczą)
- informacje o wewnętrznej strukturze i organizacji właściwej Wykonawcy (informacja organizacyjna i inne informacje posiadające wartość gospodarczą).

Odnosząc te informacje do kategorii ustawowych należy wskazać, że są to informacje organizacyjne i inne posiadające wartość gospodarczą.

Wszystkie one mają dla Wykonawcy 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 i jako takie są przez Wykonawcę chronione, w szczególności przed konkurentami. Przedmiotowe informacje stanowią zatem tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 „ustawa ZNK”) i w związku z powyższym Wykonawca wnosi o nieujawnianie ww. informacji.

Jednocześnie, Wykonawca stoi na stanowisku, że dokonane zastrzeżenie zostało zakreślone w sposób prawidłowy, gdyż nie należy wybierać informacji w oderwaniu od kontekstu ani ujawniać tych, które w sposób pośredni wskazują na tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca utajnił wyjaśnienia częściowo, a mianowicie tylko w takim zakresie w jakim uzasadniają to przepisy prawa i w zgodzie z zasadą minimalizmu wynikającą z orzecznictwa w tym przedmiocie. A celem dokonanego zastrzeżenia jest tylko i wyłącznie zachowanie konkurencyjności na rynku i wartości firmy. (...)

II. CHARAKTER ZASTRZEŻONYCH INFORMACJI ORAZ WARTOŚĆ GOSPODARCZA (wartość gospodarcza powszechna niedostępność)

Na decyzję Wykonawcy odnośnie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym na zakres tego zastrzeżenia miało wpływ wezwanie Zamawiającego. Wykonawca wskazuje, że Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu potwierdzenia realności i

prawidłowość zaoferowanej ceny. Zamawiający wymagał zatem od wykonawcy przekazania konkretnych i szczegółowych informacji dotyczących wyliczenia wynagrodzenia, ale również wskazania konkretnych danych cenotwórczych, które umożliwiły Wykonawcy zaoferowanie ceny na danym poziomie. Wykonawca wskazuje, że kwestie te nie zostały opisane i sprecyzowane szczegółowo i konkretnie przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający przewidział w SWZ tylko ogólne zasady dotyczące sposobu obliczenia ceny, w tym ogólne zasady dla sposobu uzupełnienia dokumentu koniecznego do złożenia wraz z ofertą: Przedmiaru Robót.

Ujawnione przez Wykonawcę w wyjaśnieniach dane nie są również powszechnie dostępne. Nie ma jednej metody budowy, czy jednej metody kalkulacyjnej wykonania robót budowlanych. Wezwanie zatem zmierzało do weryfikacji ceny oferty poprzez weryfikację sposobu jej ustalenia przez danego Wykonawcę, a zatem pozyskania know-how Wykonawcy w zakresie szacowania danego rodzaju zamówień i innych danych właściwych i dostępnych tylko Wykonawcy.

Wykonawca podkreśla, że sposób kalkulacji oferty, jest jednym z podstawowych narzędzi wypracowywania przewagi konkurencyjnej, również wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia, dla których stosowane są rygory oznaczone ustawą Prawo zamówień publicznych i jako takie wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty, a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsięwzięcia, którą jest jego marka. Sposób kalkulacji ceny oferty był również elementem wypracowywania przewagi konkurencyjnej w przedmiotowym przetargu, ponieważ, kryterium ceny było podstawowym kryterium o największej wadze.

Informacje zatem obrazujące sposób kalkulacji ceny oferty mają w ocenie Wykonawcy doniosły charakter jako całokształt doświadczeń, których dorobił się Wykonawca w okresie prowadzenia swej działalności. Wykonawca w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych wykorzystuje podobny potencjał, który przekłada się na kalkulację ceny. Wykonawca nie wypracowuje nowych metod, nowych rozwiązań każdorazowo na potrzeby określonego zamówienia, również sposób budowania ceny oferty, w tym grupowania kosztów stanowi względnie trwałe element stosowanej u Wykonawcy polityki cenowej. Względnie trwałe element działalności Wykonawcy stanowi również krąg partnerów biznesowych. W słusznym interesie Wykonawcy podlegającym ochronie prawnej, rozumianym jako zachowanie konkurencyjności na rynku, leży zatem by to doświadczenie oraz wynikające z niego metody działania, w tym sposób kalkulowania ceny oferty nie był powszechnie znany rynkowi, w szczególności konkurentom. Taka wiedza o trwałych elementach przedsiębiorstwa niewątpliwie zasługuje na ochronę w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. W postępowaniach prowadzonych na tego typu zamówienia jest duża konkurencja stałej grupy wykonawców. Pozyskanie informacji w jednym przetargu, może przesądzić o porażce Wykonawcy, a sukcesie konkurencji w innym przetargu. Co więcej, łatwy dostęp do informacji obrazujących know-how to również szansa dla innych podmiotów, w tym firm z sektora małych i średnich przedsiębiorstw na bezkosztowe podwyższenie wartości swoich firm, kosztem Wykonawcy i w przyszłości konkurowanie z Wykonawcą na rynku właściwym Wykonawcy.

W odniesieniu do własnych kalkulacji cenowych Wykonawcy należy zauważyć, że nie przekreśla takiego charakteru (tajemnicy przedsiębiorstwa) zastrzeganych informacji fakt, iż dotyczą one ceny ofertowej. (...)

Odnosząc się do wartości gospodarczej wyjaśnień cenowych, wykonawca po pierwsze podnosi, że wartość tę posiadają zarówno wyjaśnienia w zastrzeżonym zakresie, jak również poszczególne załączone do wyjaśnień dowodowy. Informacje podane w wyjaśnieniach, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy pozwalające zaoferować Zamawiającemu ofertę najkorzystniejszą. Złożone wyjaśnienia i dowody, w tym kalkulacja obrazują indywidualne podejście do szacowania elementów przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie, to indywidualne podejście nie dotyczy tylko tego jednego zamówienia, ale tego rodzaju zamówień. Wykonawca nie tworzy całkowicie nowego planu działania dla każdego oddzielnego zamówienia na roboty budowlane. Posługuje się wypracowanymi schematami, efektywnymi rozwiązaniami, które odpowiednio dobiera na potrzeby danego zamówienia. Waleń trwałego elementu przedsiębiorstwa posiadają metody obniżenia kosztów i w konsekwencji ceny oferty. Jednocześnie dla rynku informacje o stosowanych rozwiązaniach optymalizacyjnych przez Wykonawcę jest de facto informacją o efektywnych rozwiązaniach realizacyjnych, w konsekwencji informacją o sposobie wypracowania zysku. Wiedzą powszechną jest bowiem, że wykonawca jest jedną z wiodących firm w branży budowlanej, który z powodzeniem zrealizował wiele kontraktów, a zatem stosowane rozwiązania dają mu przewagę konkurencyjną. Wyjaśnienia stanowią zatem pakiet praktycznych informacji jak konkuruje Wykonawca.

Jest to wiedza strategiczna wykonawcy. Udostępnienie tej strategicznej wiedzy konkurencji, również innym podmiotom (małe i średnie przedsiębiorstwa) może mieć wpływ na sytuację Wykonawcy na rynku.

Zgodnie z poglądami prezentowanymi w doktrynie ekonomii wiedza jest zasobem strategicznym. Zasoby mają strategiczne znaczenie, gdy dają firmie trwałą unikalność i jednocześnie długotrwałą przewagę na rynku. Wartość wiedzy, jej strategiczność oceniamy nie przez pryzmat zasobu lecz przez pryzmat efektów powstałych w wyniku eksploatacji zasobów. Wyjaśnienia cenowe wykonawcy w zakresie zastrzeżonym dostarczają tego rodzaju wiedzy do wykorzystania w działalności konkurencyjnych firm.

To potencjalne ryzyko zmniejszenia konkurencyjności na rynku, wyraża się w tym, że znając sposób

konstruowania ceny oferty (cen jednostkowych) na roboty budowlane (w tym kolejowe), konkurencja ale również inne podmioty funkcjonujące na rynku: zyskują lepszą wiedzę o konkurencie, o jego działalności, potencjale, preferowanych rozwiązaniach. Wiedza ta nie jest konkurentom potrzebna do korzystania ze środków ochrony prawnej w danym przetargu, natomiast mogą kopiować rozwiązania w celu zaoszczędzenia kosztów i zwiększenia swojej konkurencyjności, w tym skuteczniej rywalizować o zamówienia publiczne i budować własną markę, mogą również wykorzystywać tę wiedzę w celu zdobycia przewagi, czy nawet wyeliminowania z rynku Wykonawcy, dalej mogą udostępnić innym tę wiedzę w różnych celach niezwiązanych z przetargiem.

Możliwość zdobycia przewagi przez konkurentów wynika z tego, że wiedza o indywidualnym podejściu, oznacza możliwość przewidzenia strategii działania Wykonawcy – określenia przyszłych kierunków i obszarów działania w tym konkretnych zamówień, które szczególnie mogą zainteresować danego wykonawcę z uwagi na stosowane przez niego rozwiązania oraz warunki prowadzenia działalności. W preferowanych przez Wykonawcę zamówieniach konkurenci będą mogli się spodziewać atrakcyjnej cenowo oferty Wykonawcy. Jednocześnie, wiedza o indywidualnym podejściu w zakresie szacowania wynagrodzenia za dany rodzaj zamówienia daje możliwość ustalenia stosowanej w przedsiębiorstwie polityki cenowej i dostosowanie metod i technik we własnym przedsiębiorstwie w celu przebiccia oferty Wykonawcy.

Wpływ na konkurencję na rynku poprzez szerokie udostępnienie informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę przejawia się również w tym, że nieograniczona liczba zainteresowanych może pozyskać konkretne merytoryczne dane, które może skopiować i zastosować we własnej działalności, a to w konsekwencji przyczyni się do zwiększenia liczby profesjonalnych firm na rynku robót budowlanych w ogóle, w tym na rynku właściwym. Zwiększenie konkurencji poprzez wykorzystanie doświadczeń Wykonawcy wyrządzi mu szkodę, w związku z tym, że poniósł on wymierne i niewymierne koszty zdobycia doświadczenia i know-how.

W słusznym interesie Wykonawcy podlegającym ochronie leży zatem to, aby konkurenci kosztem Wykonawcy nie zwiększali wartości własnych firm, nie wzmocniali swojej pozycji na rynku. Tym samym, aby nie wiedzieli o sposobach Wykonawcy optymalizacji procesu budowy, o wiarygodnych podwykonawcach, dostawcach oraz stawkach jakie można u nich uzyskać, o wynagrodzeniach kadry Wykonawcy, o wszystkich tych zatem sytuacjach, które mają znaczenie dla sposobu realizowania danych zamówień z zyskiem, a o których Wykonawca wie działając od lat na rynku, realizując wcześniejsze zamówienia, wciąż analizując efektywność każdej z zakończonych inwestycji. Warto w tym miejscu podkreślić, że ten interes Wykonawcy wyraża się w zapobieżeniu ewentualnej szkodzie jaka może Wykonawcy zostać wyrządzana przez to, że konkurenci posiadają te informacje.

Szkoda ta nie jest przez Wykonawcę zatem traktowana jako ewentualny brak udzielenia zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na przeprowadzoną kontrolę rozproszoną, lecz jako szkoda powstała w wyniku narażenia Wykonawcy na stratę w postaci pozyskania przez konkurencję zdobytej przez niego wiedzy o charakterze gospodarczym, organizacyjnym i handlowym, której konkurencja nie posiada.

Wykonawca bardzo ostrożnie podchodzi do wycinkowego ujawniania treści, gdyż zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że to cały szereg czynności, wskazany w wyjaśnieniach determinuje sukces Wykonawcy. To nie pojedyncze działania, lecz właśnie systematyczne, zgodnie z ustalonym know-how oraz schematem organizacyjnym czynności, przekładają się na możliwość dokładnego weryfikowania przedmiotu zamówienia, dokładnego weryfikowania rynku lokalnego i precyzyjnego wyliczania cen zamówienia, łącznie z kosztem ryzyk, a także pozwalają na dobranie marży, która z jednej strony będzie satysfakcjonująca dla tak dużego przedsiębiorstwa, jakimi jest Wykonawca, lecz z drugiej strony będzie konkurencyjna względem innych marż.

Niewątpliwie zastrzeżone wyjaśnienia cenowe mają również obiektywną wartość gospodarczą. Świadczy o tym po pierwsze, to, że wykonawcy w przetargach budowlanych konkurują głównie ceną. Optymalizacja rozwiązań powoduje zmniejszenie kosztów i możliwość zaoferowania najkorzystniejszej ceny i wygrania przetargu. Po drugie, na wartość wyjaśnień cenowych wskazuje praktyka rynku, to że wykonawcy tego rodzaju informacje zastrzegają jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...)

Wykonawca podnosi, że ustawa Pzp, nie przewiduje żadnych wymogów dla wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, a zatem wiedza jak wyjaśniać cenę w toku postępowania, nie jest wiedzą powszechną równą dla wszystkich. Wykonawcy takie wyjaśnienia przygotowują na podstawie własnego doświadczenia i know-how. Sposób w jaki wykonawca przekonuje co do realności ceny oferty ma również swoją wartość, w tym sensie, że może być wzorem do wykorzystania w innych przetargach, bez ponoszenia kosztów w tym zakresie przez konkurentów. Wykonawca w celu przygotowania wyjaśnień poniósł już koszty związane z zaangażowaniem profesjonalnej kadry.

Odnosnie wyjaśnień cenowych, to Wykonawca wskazuje, że sposób skalkulowania ceny ofertowej poza przyjętymi założeniami i rozwiązaniami, wynika również z rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, sposobu wyceny ryzyk, sposobu optymalizacji tych kosztów oraz ryzyk w zakresie w jakim możliwa jest optymalizacja, a zatem kwestie, które pozostawały poza regulacją Zamawiającego, pozostawione zostały decyzji Wykonawcy. Niewątpliwie są to cenne informacje praktyczne wypracowywane przez Wykonawcę latami, którymi Wykonawca nie dzieli się z innymi

podmiotami.

Ujawnienie sposobu w jaki wykonawca ustalił wartość poszczególnych elementów robót, jakie koszty przypisał w powiązaniu z informacjami jak te koszty ustalił oraz jak identyfikuje i kalkuluje ryzyko naruszenia interesu Wykonawcy, w ten sposób, że może narazić wykonawcę na szkodę i zagrozić pozycji rynkowej wykonawcy, w tym uniemożliwić skuteczne konkurencje w innych przetargach. Konkurenci, którymi jest względnie stała grupa wykonawców, dysponując tymi informacjami w powiązaniu z pozostałymi informacjami są w stanie zdekodować stosowaną w przedsiębiorstwie politykę cenową. Ustalenie rodzaju polityki cenowej stosowanej w danym przypadku zamówień jest faktycznie wiedzą o technikach i metodach ustalenia ceny przez Wykonawcę, a wiedza w tym zakresie umożliwia przewidzenie strategii w innych przetargach.

Sposób kalkulowania ceny oferty wynika z lat doświadczeń. Wykonawca bowiem poniósł koszty związane z wdrożeniem w firmie optymalizacji kosztów. Poniósł koszty związane z opracowaniem strategii cenowej. Jest to proces długi i kosztowny. Wymaga sporych nakładów pracy, w tym ciągłych analiz realizowanych zamówień oraz realiów rynkowych.

Ujawnienie wyjaśnień cenowych niewątpliwie może posłużyć innym jako wzory do zastosowania we własnych przedsiębiorstwach bez ponoszenia kosztów w tym zakresie, czy udoskonalania własnych technik i metod ustalania ceny.

Niewątpliwie wartość gospodarczą przedstawionych wyjaśnień cenowych należy oceniać łącznie z pozostałymi przekazanymi przez Wykonawcę danymi, czyli kompleksowo. Tym samym, metodologia przyjętej kalkulacji, oparta na założeniach wynikających z knowhow Wykonawcy, stanowi istotną wartość przedsiębiorstwa Wykonawcy, prawnie chronioną jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na podstawie przekazanych szczegółowych wyjaśnień i dowodów możliwe jest ustalenie strategii Wykonawcy na rynku. Możliwe dla konkurencji będzie wydedukowanie, które przetargi mogą mieć dla Wykonawcy priorytetowy charakter – znając np. rozwiązania organizacyjne, w tym potencjał materiałowy, osobowy, sprzętowy, w konsekwencji również, w których przetargach Wykonawca może mocno konkurować ceną.

Co więcej, ujawnienie tych informacji spowoduje, że konkurencja pozyska wiedzę co do tego, w jaki sposób można obniżyć koszty i jak robi to Wykonawca. Wszystkie te informacje jako praktyczne informacje mogą zostać wykorzystane do walki konkurencyjnej, czy to przez zastosowanie tych rozwiązań we własnej działalności w celu zaoszczędzenia kosztów i zwiększenia wartości firmy, czy do zdobycia przewagi na rynku, czy też w celu wyeliminowania Wykonawcy z rynku. Żadnych z przekazanych informacji nie można uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze. Żadne z przekazanych informacji nie są znane ogółowi, innym przedsiębiorcom lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane posiadaniem tych informacji. W tym również kontekście należy wskazać, że sytuacja Wykonawcy jest częściowo znana rynkowi, innym podmiotom chociażby z uwagi na dokumenty, które spółka każdego roku jest obowiązana składać do Krajowego Rejestru Sądowego, to informacji przekazanych Zamawiającemu w tym postępowaniu w aktach rejestrowych nie ma. Nie znajdziemy tam informacji organizacyjnych – informacji dotyczących sprzętu, kadry, czy wynagrodzeń na takim poziomie szczegółowości jak w przedmiotowych wyjaśnieniach.

Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca przekazał dowody w zakresie przyjętych do oferty kosztów. Nie są to informacje dostępne w zwykły sposób. Ceny jednostkowe materiałów czy wyceny prac podwykonawców zostały ustalone na podstawie dostępnych Wykonawcy informacji, które utrzymywane są w tajemnicy. Informacje o kosztach pracy, stanowią wrażliwą informację dotyczącą organizacji wykonawcy, umożliwiającą efektywną działalność na rynku, utrzymywaną w poufności, w stosunkach wewnętrznych tym bardziej zewnętrznych. W sposób więc oczywisty, tym bardziej strzeżona jest informacja o wynagrodzeniach pracowników i o sposobach zawierania umów z pracownikami oraz o podjętych działaniach organizacyjnych mających na celu stabilność zatrudnienia. Każdy przedsiębiorca posiada inną politykę, więc udostępnienie takich informacji przez Zamawiającego konkurencji, w sposób oczywisty wyrządzi szkodę Wykonawcy. Zasoby osobowe są również przedmiotem konkurencji na rynku.

Współpraca z odpowiednimi osobami oraz potencjał kadrowy Wykonawcy, umożliwia optymalizację kosztów i niższą cenę oferty, co przesądza o wartości gospodarczej tego rodzaju informacji.

Co więcej Wykonawca wskazuje, że ustawodawca w art. 224 Pzp, regulując instytucję wyjaśniania rażąco niskiej ceny albo kosztu, wprost określił, że dane dotyczące zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy mogą mieć wpływ na wysokość ceny oraz mogą budować przewagę konkurencyjną danego wykonawcy. Tym samym, co do zasady informacje te mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z tych wszystkich względów, przedstawione w wyjaśnieniach dotyczących ceny informacje niewątpliwie można zaliczyć do objętej treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą dla Spółki.

Informacje w tym szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępne. (...)

Utajnienia wymagają także dokumenty stanowiące odpowiednio oznaczone załączniki dot. uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, iż szereg działań podjętych przez wykonawców w swoich

wewnętrznych strukturach stanowi przejaw swego know-how. Metody indywidualnej ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa to wynik wielu lat działalności wykonawców, którzy na zasadzie prób i błędów byli w stanie opracować odpowiednie procedury pozwalające zachować dane informacje w poufności. Treść zastrzeżonych dokumentów ma zatem wartość gospodarczą dla Wykonawcy. (...)

W tym miejscu należy zauważyć, że o ile pewne ogólne kwestie czy sam fakt posiadania kontrahentów są znane czy też możliwe do ustalenia, to tak szczegółowy zestaw informacji jest niedostępny i nie był ujawniany. W konsekwencji, umiejscowienie tych informacji w tym zbiorze sankcjonuje objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, informacje podlegają utajnieniu w całości, nawet gdyby niektóre z ich elementów nie spełniały przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli ujawnienie tej części informacji może stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (analogicznie: tajemnicą przedsiębiorstwa może być samo tylko, szczególne zestawienie elementów informacji poufnej, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie dla osób, które normalnie się tym zajmują (...))

III. DZIAŁANIA PODJĘTE PRZEZ WYKONAWCĘ W CELU ZACHOWANIA ZASTRZEŻONYCH INFORMACJI DOKUMENTÓW W POUFNOŚCI

W celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa konsorcjanci podjęli, przy zachowaniu należytej staranności, odpowiednie działania polegające na utrzymaniu ich w poufności.

Odpowiednie działania polegające na utrzymaniu zastrzeżonych informacji w poufności są podejmowane przez konsorcjum, w skład której wchodzi Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Po pierwsze, Wykonawca wyraża wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności, czego przejawem jest ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po drugie, informacje te nie były ujawniane do wiadomości publicznej.

Po trzecie, dla celów ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca podjął szereg działań o charakterze zarówno informatycznym, fizycznym jak i prawnym.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie stosują następujące procedury bezpieczeństwa.

Mówiąc o działaniach o charakterze informatycznym i fizycznym wspomnieć należy o wprowadzonych przez konsorcjantów wewnętrznych regułach obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również o technologii zabezpieczającej bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, że dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę miała bardzo ograniczona grupa osób odpowiedzialnych za przygotowanie i kalkulację ceny oferty (zespół ofertowy) i zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze. Nawet pracownicy oraz współpracownicy Wykonawcy korzystający na co dzień z wewnętrznego systemu dokumentów nie posiadali dostępu do tych informacji. Nie było też możliwe uzyskanie wglądu do informacji, o których mowa, przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę.

Dowód: oświadczenie informatyka podmiotu MIRBUD S.A. - zał. nr 38 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

Wszyscy konsorcjanci, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji stosują także środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę. Pracownicy mający dostęp do zastrzeżonych informacji mają prawny obowiązek stosowania procedur bezpieczeństwa. Z kolei, współpracownicy zobowiązują się do zachowania w całkowitej poufności udostępnioną przez konsorcjantów Tajemnicę Przedsiębiorstwa i wykorzystywania informacji wyłącznie w celu przygotowania, wyjaśnienia lub uzupełnienia oferty, a w przypadku wyboru tejże oferty jako najkorzystniejszej i zawarcia umowy – w celu wykonania umowy oraz podjęcia wszelkich działań niezbędnych dla zapewnienia poufności informacji stanowiących Tajemnicę Przedsiębiorstwa.

Dysponentci informacji zobowiązują się przestrzegać zasad poufności dotyczącej wszystkich uzyskanych informacji w trakcie realizacji prac. Te zasady dotyczą informacji przekazywanej ustnie, pisemnie oraz w postaci informacji zapisanych elektronicznie, które są lub nie są oznaczone klauzulą poufności, a zawierają informacje dotyczące Wykonawcy,

Dowód:

- lista osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku przygotowania ofert – Mirbud – zał. 39 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

- deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku

przygotowania i wyjaśniania oferty (zespół ofertowy) - Mirbud – zał. 40 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

Niezależnie od powyższego, w umowach ze swoimi pracownikami oraz współpracownikami, podwykonawcami czy usługodawcami zawarte są odpowiednie klauzule zabezpieczające poufność przekazywanych informacji, zgodnie z którymi dana osoba lub podmiot zobowiązuje się do utrzymania jakichkolwiek informacji dotyczących usług świadczonych na podstawie umowy, a także informacji uzyskanych w trakcie jej wykonywania lub z innego źródła.

Dowód:

- oświadczenie w sprawie stosowanych w przedsiębiorstwie klauzul umownych – zał. Mirbud – zał. 41 [TAJEMNICA

PRZEDSIĘBIORSTWA]

- Umowa o poufności dla pracowników – Torhamer – zał. 42 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

- Umowa o poufności dla podwykonawców – Torhamer – zał. 43 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

W strukturach konsorcjanta TORHAMER wykonawca wprowadził umowy wiążące jego pracowników oraz kontrahentów (najczęściej podwykonawców) do zachowania w poufności informacje uzyskane w trakcie wykonywania obowiązków pracowniczych i realizacji umów cywilnoprawnych.

Polityka poufności polega na zobowiązaniu pracowników i kontrahentów Wykonawcy w zachowaniu w poufności informacji uzyskanych w ramach stosunku pracy lub umów cywilno – prawnych zawieranych z Wykonawcą. W przypadku pracowników klauzula poufności ma standardową treść: (...)

W przypadku kontrahentów, w szczególności podwykonawców, wykonujących roboty na rzecz Wykonawcy przyjmuje się klauzule poufności o treści: (...)

W celu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca Torhamer wprowadził rozwiązania informatyczne – techniczne ograniczające krąg osób upoważnionych do dysponowania zastrzeżonymi informacjami:

a) Dostęp do informacji w spółce – ceny jednostkowe, kalkulacje do wycen do przetargów

Zgodnie z polityką poufności w Spółce dostęp do informacji takich jak:

- oferty podwykonawców;

- kalkulacje ofertowe;

- wyceny do przetargów;

- bazy danych – ceny i koszty pracy ludzi i sprzętu tworzone w Spółce na podstawie bieżącego doświadczenia mają wyłącznie kluczowi pracownicy w Spółce oraz osoby kosztorysujące dane zadanie.

Każdorazowo, po podjęciu decyzji o przystąpieniu do danego postępowania przetargowego tworzony jest na dysku wewnętrznym folder oraz nadawane są do niego dostępy dla pracowników dedykowanych do wyceny danego zadania.

Osoby te, zgodnie z polityką Spółki, mają zawarte umowy o poufności.

Z uwagi na wartość jaką są dane, na podstawie których kalkulowane są oferty do postępowań przetargowych, każdorazowo ostateczna oferta, w tym ceny strategicznych partnerów spółki uzyskiwane i wprowadzane są do oferty wyłącznie przez osoby na stanowiskach kierowniczych – Dyrektor Realizacji, Dyrektor Kontraktów, Dyrektor Projektu oraz Prezes. Poza tym ścisłym gronem, żaden z pracowników nie ma wiedzy co do ostatecznego kształtu, wysokości oferty oraz ewentualnych negocjacji ofert podmiotów strategicznych.

b) Dostęp do informacji kontraktowych – umowy dla realizowanych zadań

Zgodnie z polityką Spółki, po uzyskaniu zamówienia publicznego lub prywatnego, na dysku wspólnym powstają foldery dla każdego z zadań, do których to folderów przydzielane są dostępy dla poszczególnych osób realizujących dane zadanie/inwestycję. I tak dla zadania realizowanego przez oddział Olsztyński, dostępu nie mają osoby z oddziału Wrocławskiego. Dodatkowo, do folderów, w których znajdują się umowy podwykonawcze dostęp mają wyłącznie osoby nadzorujące pracę poszczególnych podwykonawców oraz Kierownictwo danego zadania. Poza kierownictwem oraz zarządem Spółki do kompletnych danych odnośnie podwykonawców dostępu nie ma żaden z pracowników Spółki. W Spółce wprowadzono Regulamin dostępu i korzystania z dysku wewnętrznego, który stanowi załącznik nr 44 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA].

Wykonawca podjął niezbędne środki techniczne i prawne do zabezpieczenia informacji przed niepowołanymi osobami. W istocie informacje ujawniane Zamawiającemu w ramach procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie są znane dla większości pracowników Wykonawcy.

Jednocześnie pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa jest rozumiane u Wykonawcy jako wszelkie informacje, w tym o charakterze organizacyjnym, ekonomicznym, technologicznym, technicznym, handlowym lub innym, które posiadają wartość gospodarczą dla grupy, nie są ogólnie powszechnie znane dla osób, zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Tajemnicę Przedsiębiorstwa stanowią w szczególności:

opracowania ofert przetargowych na każdym etapie ich tworzenia wraz z przyjętymi w nich metodami kalkulacji;

wszelkie informacje dotyczące prowadzonych negocjacji (fakt ich prowadzenia, przebieg, ustalenia);

przygotowywane i zawierane umowy;

lista oraz dane kontrahentów;

całość informacji dotyczących opracowywanej (lub opracowanej) przez lub na zlecenie technologii (w tym także przebieg prac badawczych i ich wyniki);

wszystkie bazy danych stworzone w bądź na zlecenie;

informacje docelowo przeznaczone do objęcia ochroną prawa własności intelektualnej;

Know-how;

plany rozwoju przedsiębiorstwa;

- pozyskiwanie klientów na każdym etapie tego procesu;
 - protokoły ze spotkań wewnętrznych;
 - informacje o postępowaniach przed sądami powszechnymi oraz organami administracji państwowej toczących się z udziałem;
 - informacje o wewnętrznych postępowaniach wyjaśniających;
 - całokształt wiadomości dotyczących urządzeń eksploatowanych przez;
 - sposoby wytwarzania formuł chemicznych, wzorów i metod działania przez i dla źródła zaopatrzenia;
- oraz inne informacje, które mają znaczenie dla wartości Wykonawcy w obrocie gospodarczym i których ujawnienie mogłoby spowodować dla Wykonawcy wymierną szkodę, a które zwyczajowo oraz w świetle praktyki branżowej powinny być uważane za poufne, lub wprost zostały za takie uznane poprzez nadanie im statusu „Tajemnicy Przedsiębiorstwa”.

Odnosnie wartości gospodarczej dowodów poufności, Wykonawca podnosi, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dowodów na skuteczne utrzymywanie tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli wszelkich wdrożonych u Wykonawcy procedur składających się na program ochrony informacji stanowi również tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że udostępnienie tych dokumentów i zawartych w nich informacji nie jest uzasadnione celem toczącego się postępowania oraz zapewnieniem konkurencyjnym wykonawcom prawa do odwołania.

Załączone dokumenty stanowią gotową instrukcję, opartą na know-how Wykonawcy, która może być kompleksowo wdrożona przez konkurencyjnych przedsiębiorców, którzy nie dysponują wiedzą dot. środków niezbędnych do efektywnego dysponowania informacją o wartości gospodarczej i operacyjnej. Wszystkie te załączniki należy rozpatrywać łącznie, a nie każdy z dokumentów z osobna, gdyż stanowią one kompleksowe opracowanie zasad zarządzania, procedur i instrukcji ochrony informacji, wyznaczenie osób odpowiedzialnych za bezpieczeństwo tych informacji, jak również zabezpieczenie systemów przetwarzania ww. informacji (papierowych czy informatycznych). Tym samym, jeżeli nawet pojedynczy dokument może podczas wstępnej analizy wydawać się pozbawiony informacji o walorze gospodarczym i organizacyjnym, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to po kompleksowej analizie wszystkich załączonych dokumentów i procedur oczywistym staje się, że każdy z zastrzeżonych dokumentów składa się na większą całość, stanowiącą wyczerpujący program działania dla skutecznej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosnie listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania oferty Wykonawca wskazuje, że za ich nieujawnieniem przemawiają dodatkowo następujące względy.

Po pierwsze, lista ta zawiera dane osobowe, których to danych Zamawiający nie wymagał i nie mógł wymagać w dokumentach zamówienia.

Pod drugie, wiedza odnośnie osób przygotowujących pod względem merytorycznym ofertę pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia korzystania ze środków ochrony prawnej przez konkurencję.

Po trzecie, wykonawca chroni dane osobowe swoich pracowników. Informacja o pracownikach i współpracownikach nie jest jawna i powszechnie dostępna. Pracownicy i współpracownicy również zobowiązani są do zachowania poufności, w każdym razie odnośnie zakresu obowiązków w firmie i zakresu czynności podejmowanych na rzecz Wykonawcy. Nie można zatem uzyskać zwykłą drogą informacji odnośnie tego, że konkretna osoba zajmuje się merytorycznym przygotowaniem ofert w danym przetargu.

Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że wszystkie dowody, które bezpośrednio lub pośrednio potwierdzają skuteczność działań, zmierzających do zachowania w poufności tajemnicy przedsiębiorstwa również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dlatego też, informacje te mają prawnie zagwarantowany taki sam rygor poufności jak informacje dotyczące treści oferty i ceny ofertowej. Wartość gospodarcza zespołu ofertowego jest źródłem wiedzy dla konkurencji odnośnie profesjonalistów, na których kompetencji polega Wykonawca. Informacja o tym, kto jest rzeczywistym profesjonalistą w danej branży nie jest łatwo dostępna, a osoby zajmujące się pozyskiwaniem pracowników angażują sporo czasu i kosztów w celu weryfikacji kompetencji i ustalenia bazy danych, która następnie będzie mogła być wykorzystana w razie potrzeby do pozyskania niezbędnego pracownika czy współpracownika.

Konkurenci dysponując listą osób wykonawcy, szybko i bezkosztowo zyskają konkretne dane – odnośnie doświadczonych w branży kosztorysantów, z którymi warto podjąć współpracę, odnośnie doświadczonych w branży projektantów z którymi warto podjąć współpracę, odnośnie doświadczonych administratorów i prawników z którymi warto podjąć współpracę, które mogą następnie wykorzystać do pozyskania danej osoby do współpracy.

Wykonawca jednocześnie wskazuje, iż wszystkie środki zabezpieczające tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązują w takim samym stopniu w strukturach Transkol. (...)

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

Kolejno ustalono, że 20 maja 2025 r. zamawiający zawiadomił odwołującego I o odstąpieniu wyjaśnień odwołującego I z 25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami:

Zał. 1. Szczegółowa kalkulacja ceny – Warunki ogólne [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

- Załącznik 2. Szczegółowa kalkulacja ceny - sieć trakcyjna [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 3. Szczegółowa kalkulacja ceny – geotechnika [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 4. Szczegółowa kalkulacja ceny – roboty torowe [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 5. Szczegółowa kalkulacja ceny – perony [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 6. Oferta na dostawę prefabrykowanych elementów peronowych [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 7. Oferta na wykonanie branży SRK oraz branży telekomunikacyjnej [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 8. Oferta na wykonanie robót budowlanych branży elektroenergetyka [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 9. Oferta na zakres: branży drogowej, ochrony środowiska, dendrologii, odwodnienia torowego, drogowego, peronów, instalacji sanitarnej i hydrotechnicznej [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 10. Oferta na matę podtluczeniową [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 11. Oferta na ażury [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 12. Oferta na podkłady [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 13. Oferta na szyny [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 14. Oferta na tłuczeń [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 15. Oferta (umowa) na dostawę stali [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 16. Oferta (umowa) na wykonanie robót mostowych na obiektach inżynierskich -zbrojenie [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 17. Oferta (umowa) na roboty ziemne [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 18. Oferta na wykonanie rozjazdów wraz z oświadczeniem [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 19. Oferta na wykonanie obiektów inżynierskich [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 20. Oferta na wykonanie pali wierconych CFA [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 21. Oferta na prace obiektów kubaturowych (projektowane i rozbiórki [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 22. Oferta na dostawę materiałów – przytwierdzenia [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 23. Oświadczenie Mirbud o średnim wynagrodzeniu [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 24. Oświadczenie Mirbud o modelu wynagrodzenia [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 25. Kopia umowy o pracę (oświadczenie zmieniające) Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 26. Oświadczenie Transkol o średnim wynagrodzeniu – załącznik 26 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 27. Oświadczenie Transkol o modelu wynagrodzenia – załącznik 27 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 28. Kopia umowy o pracę (Transkol) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 29. Kopia umowy o pracę (Transkol) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 30. Kopia umowy o pracę (Torhamer) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 31. Kopia umowy o pracę (Torhamer) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 38. Oświadczenie informatyka podmiotu MIRBUD S.A. [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 39. Lista osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku przygotowanie ofert – Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 40. Deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania i wyjaśniania oferty (zespół ofertowy) - Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 41. Oświadczenie w sprawie stosowanych w przedsiębiorstwie klauzul umownych - Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 42. Umowa o poufności dla pracowników – Torhamer [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 43. Umowa o poufności dla podwykonawców – Torhamer [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
 - Załącznik 44. Regulamin dostępu i korzystania z dysku wewnętrznego w Spółce [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
- które w opinii Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k), zgodnie z poniższym uzasadnieniem.

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

Przy ocenie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych przez poszczególnych wykonawców należy wziąć pod uwagę przyjęty w aktualnych wyrokach KIO kierunek orzekania podkreślający ujętą w art. 18 ust. 1 Ustawy zasadę jawności postępowania.

Podkreślić należy, iż możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. (...)

Transparentność postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie

upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 29.03.2021 r., KIO 720/21, LEX nr 3163095). (...)

Zatem, aby za zasadne móc uznać pozostawienie zastrzeżonych przez wykonawców części wyjaśnień co do ceny wraz ze wskazanymi załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawcy zobowiązani są wykazać łącznie w sposób rzetelny, że zastrzeżona informacja:

- 1) 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.

Sama okoliczność zastrzeżenia informacji jako poufnej nie oznacza automatycznie, że dokument faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 UZNK. Obowiązek "wykazania" obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełnienia) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy. Powoływane przez wykonawcę w uzasadnieniu zastrzeżenia muszą mieć charakter obiektywny i weryfikowalny, a także powinny być - stosownie do możliwości i potrzeby - poparte dowodami (KIO 1013/23).

W orzecznictwie przyjmuje się, że „informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy - ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające”- tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r. w sprawie o sygn. II PK 49/14.

Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej, czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę (wyrok KIO z 17.01.2022 r., KIO 3762/21, LEX nr 3327251).

Konsorcjum w składzie: MIRBUD S.A. – Lider/ Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKO Sp. z o.o. – Partner / TORHAMER Sp. z o.o. – Partner (dalej: MIRBUD S.A.) zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wyjaśnienia z dnia

25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami. Wykonawca przedstawił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostało przekazane Zamawiającemu w treści Wyjaśnień: (...)

Wykonawca zawarł obszerny ogólnikowy wywód dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z którym ujawnienie szczegółowych informacji dotyczących kalkulacji ofertowej, stosowanych rozwiązań technicznych, wyboru podwykonawców i dostawców czy struktury wynagrodzeń stanowiłoby istotne zagrożenie dla jego pozycji rynkowej, ponieważ umożliwiłoby konkurencji bezkosztowe przejęcie know-how, kopiowanie wypracowanych metod działania oraz zdobycie przewagi konkurencyjnej w przyszłych postępowaniach, co w efekcie mogłoby prowadzić do zmniejszenia jego konkurencyjności, a nawet eliminacji z rynku.

Przedmiotowy wywód nie odnosił się w swojej treści do konkretnych przedłożonych w kalkulacji ceny oferty, informacji i dokumentów. Przedmiotowe pismo jest ogólnym, mającym charakter blankietowy, wywodem nie odnoszącym się do realiów sprawy oraz poszczególnych elementów składowych wyjaśnień, które w przekonaniu wykonawcy winny podlegać ochronie. Wykonawca nieprzekonywująco wyjaśnia, dlaczego sporządzona kalkulacja lub metodologia charakteryzuje się jakimiś szczególnymi cechami, które mogłyby uzasadniać objęcie kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niska wartość oferty, sama w sobie, nie świadczy o unikalnych rabatach, upustach, czy innych preferencyjnych warunkach, które są nieosiągalne dla innych wykonawców.

Jak trafnie wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.04.2023 r., KIO 808/23, LEX nr 3562508 „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.”

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów realizacji konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie

rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne. Wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny inni wykonawcy zmieniają w całości swoją strategię biznesową aby obniżyć swoje ceny. Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach (KIO 1976/24 i 2122/24).

Wykonawca MIRBUD S.A. przedstawia ponadto szereg działań jakie podjął w celu zachowania poufności przekazywanych informacji (np. technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę oraz oddzielne umowy o poufność etc.). MIRBUD S.A. wskazuje, iż dostęp do informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę miała bardzo ograniczona grupa osób odpowiedzialnych za przygotowanie i kalkulację ceny oferty (zespół ofertowy) i zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze. Pracownicy oraz współpracownicy Wykonawcy korzystający na co dzień z wewnętrznego systemu dokumentów nie posiadali dostępu do tych informacji. Nie było też możliwe uzyskanie wglądu do informacji, o których mowa, przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę. MIRBUD S.A. przedstawia listę osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku przygotowanie ofert – Mirbud – zał. 39 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA], deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania i wyjaśniania oferty (zespół ofertowy) - Mirbud – zał. 40 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] oraz oświadczenie w sprawie stosowanych przedsiębiorstwie klauzul umownych -zał. Mirbud – zał. 41 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]

MIRBUD S.A. wskazał również jakie działania podjął konsorcjant Torhamer. W strukturach konsorcjanta Torhamer wykonawca wprowadził umowy wiążące jego pracowników oraz kontrahentów (najczęściej podwykonawców) do zachowania w poufności informacje uzyskane w trakcie wykonywania obowiązków pracowniczych i realizacji umów cywilnoprawnych.

Wykonawca jednocześnie jedynie wskazuje, iż wszystkie środki zabezpieczające tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązują w takim samym stopniu w strukturach Transkol – nie przedstawia jednak w tym zakresie żadnych szerszych informacji i dowodów. Wątpliwości budzi zatem rzetelność środków podjętych przez Wykonawców w celu zapobieżenia ujawnianiu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał rzeczowo, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie ją upatruje, a zatem nie wykazane zostało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu należy wskazać, że: Wartość gospodarczą posiada taka informacja, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy (KIO 1091/23).

Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna) (KIO 1013/23).

Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie treści ofert podwykonawcy miałyby prowadzić do przewagi konkurencyjnej, a w konsekwencji uniemożliwić wykonawcy zastrzegającemu tajemnicę pozyskanie przyszłych ofert.

Należało wykazać jakie faktycznie znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku ma poznanie konkretnej informacji i jak przekłada się to na ryzyko zagrożenia uzasadnionym interesom wykonawcy, a nie poprzestać na ogólnych zapewnieniach o tym, jak ważne dla niego są to informacje, bez ich zindywidualizowania i bez przekonującego uzasadnienia, że ryzyko osłabienia pozycji rynkowej wykonawcy związane z ujawnieniem informacji faktycznie może się zmaterializować (KIO 1091/23).

Wykonawca nie przedstawił takiego przekonującego uzasadnienia.

Trudno uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżyć swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów (KIO 1013/23).

Stanowisko Wykonawcy MIRBUD S.A ogranicza się jedynie do ogólnikowych twierdzeń, które mają w ich ocenie wskazywać na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca w żaden sposób nie powiązał prezentowanej argumentacji z poszczególnymi zastrzeżonymi informacjami.

Informacja nie zyskuje wartości gospodarczej tylko przez to, że w ocenie danego podmiotu (czy stron umowy) jest ona poufna (KIO 1091/23).

W wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, zauważono, iż "przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywne. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać

wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...) Pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą.

(...)

Analiza uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy ujęta w piśmie Wykonawcy nie pozwala na ustalenie, na czym miałyby polegać know-how Wykonawcy przy kalkulowaniu ceny w tym postępowaniu.

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. o sygn. akt 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.

Wykonawca nie uzasadnia w jaki sposób z treści oferty podwykonawców i poczynionych z nim ustaleń można pozyskać informacje o organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów. Brak też wyjaśnienia co do unikalności, autorskiego charakteru takich rozwiązań, a także jak zapoznanie się z takimi informacjami miałyby realnie wpływać na pogorszenia konkurencyjności.

Sama okoliczność, że stawki pozyskane w ofercie podwykonawcy wynikają z negocjacji nie wyjaśnia jakie czynniki miały wpływ na obniżenie ceny.

Jak wynika z orzeczeń KIO konieczne jest wykazanie, że czynność ta (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji (KIO 1013/23).

Aby dana informacja mogła być uznana za skutecznie zastrzeżoną musi wiązać się z wykazaniem, co Wykonawcy grozi za jej ujawnienie. Tym zagrożeniem może być utrata dotychczasowego kontrahenta powodująca, że niemożliwe będzie uzyskanie danego świadczenia na dotychczasowych warunkach, a pozyskanie nowego wiąże się z wydatkami na jego poszukiwanie, czy pozyskaniem mniej atrakcyjnych warunków świadczenia, np. dłużej, drożej, z krótszą gwarancją, większym ryzykiem niepowodzenia. Są to zagrożenia możliwe do estymacji i przedstawienia jako ryzyko utraty wartości gospodarczej informacji. Ujawnienie informacji może wiązać się z utratą renomy, zaufania do firmy, dobrego imienia. Sam fakt, że informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że te informacje same w sobie mają wartość gospodarczą (KIO 1013/23).

Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że treść ofert i oparta na nich kalkulacja ceny jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji, co miało pozwolić na indywidualnie wynegocjowane warunki handlowe.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 223/24, KIO 234/24 wskazano, że: Samc 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2023 r. o sygn. akt KIO 1195/23 stwierdziła, że: Budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu.

W ocenie Zamawiającego, w świetle aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone przez niego informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadały taki walor.

Podsumowując w ocenie Zamawiającego Wykonawca MIRBUD S.A. nie wykazał, że zastrzeżone w treść wyjaśnień informacje wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa a w szczególności, że posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. (por. ww. zawiadomienie, w aktach sprawy).

KIO 2183/25

Ustalono, że do upływu terminu do składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego II. (por. informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Kolejno ustalono, że pismem z 11 kwietnia 2025 r. zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 wezwał odwołującego II do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość całkowitej ceny oferty.

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

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący II złożył wyjaśnienia z 25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami. Oświadczył, że *informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach oraz treść przedstawionych do wyjaśnień Załączników nr: 1, 2a, 3a, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15 i 16 w całości, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust.4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2020 poz 1913 z późn. zm.), co do której Strabag Sp. z o.o. zgodnie z art. 18 ust 3 PZP zastrzega, że nie mogą być one udostępniane.*

Wykonawca wyjaśnia, że *zawarte dane są informacjami poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej Wykonawcy.*

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

Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa tę część wyjaśnień, która ujawnia szczegółowy sposób kalkulacji złożonej przez niego oferty (Zestawienie tabelaryczne z podziałem na R M S – zał. zał. nr 1, 12, 13 i 15, wartość roboczogodziny – zał. nr 6 w całości). Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią oferty podwykonawców/dostawców (załączniki nr 2 a, 3 a w całości), których Wykonawca planuje zaangażować w realizację zamówienia, a także wykaz umów ramowych (zał. nr 5 w całości).

Ponadto tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi załącznik nr 14, w którym zawarte są szczegółowe informacje na temat kalkulacji ceny oferty w zakresie obiektów inżynierskich, w tym informacje dotyczące podwykonawców, dostawców i szczególnych warunków pozwalających Wykonawcy na złożenie konkurencyjnej oferty. (...)

Wykonawca wskazuje, że *szczegółowe kalkulacje robót (Zestawienie tabelaryczne – zał. nr 1, 12, 13,, 15 i 16 do niniejszego pisma oraz wartość roboczogodziny – zał. nr 6) stanowią informacje o szczegółowych kosztach przypisanych przez wykonawcę do określonego zakresu robót, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy.*

Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował w ciągu wielu lat, świadcząc roboty budowlane na rynku, zbierając doświadczenie pozwalające na zastosowanie konkretnych rozwiązań, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Informacje te stanowią finansowy i bardzo szczegółowy obraz poszczególnych rozwiązań zastosowanych dla przedmiotowego zamówienia oraz ujawniają podstawy przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej dla poszczególnych elementów oferty. Z uwagi na powyższe, uzasadnione jest objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez Wykonawcę szczegółowych wyjaśnień obejmujących jego koszt, ponieważ inni oferenci, mając do nich wgląd, będą mogli pozyskać wiedzę na temat proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań, a także uzyskają informacje na temat koncepcji technicznych i technologicznych zaproponowanych przez Wykonawcę oraz jego organizacji.

Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu/elementu robót jest efektem uzyskanego przez niego know-how zdobytego na podstawie doświadczenia. Są to informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty indywidualnie przyjmowane przez

Wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania. Informacje te stanowią o przewadze Wykonawcy wobec pozostałych wykonawców w związku z wypracowanym przez lata prowadzonej działalności gospodarczej sposobem budowania oferowanych ocen, który został wykorzystany w niniejszym postępowaniu, w tym w zakresie proporcji materiałów, kosztów robocizny oraz zakładanego zysku.

Ewentualne ujawnienie informacji o metodzie przygotowania oferty spowoduje utratę tej wartości ze względu na potencjalną możliwość ograniczenia konkurencji w innych postępowaniach. Inni Wykonawcy będą mogli po zapoznaniu się z informacjami poufnymi stosować podobne metody lub przewidywać sposób przygotowania oferty przez Wykonawcę, co utrudni składania ofert konkurencyjnych i naruszy zasady uczciwej konkurencji dając uprzywilejowaną sytuację innym podmiotom. Strabag sp. z o.o. przygotowując ofertę, bazuje na swoim wieloletnim know-how, co w połączeniu z wykorzystaniem programu kosztorysowego iTwo sprawia, że metoda opracowania oferty przez Strabag sp. z o.o. jest unikalna, specyficzna wyłącznie dla Strabag sp. z o.o. Wykonawca wyjaśnia, że program do kosztorysowania iTwo jest programem bazującym na indywidualnym podejściu Wykonawcy do kosztorysowania z uwzględnieniem szeregu elementów, które zdaniem Wykonawcy należy uwzględnić, jak np. danych charakterystycznych dla danej inwestycji (wybór tych danych jest natomiast efektem know-how Wykonawcy), dostępności zasobów Wykonawcy (sprzęt, ludzie, materiały), specyfiki ukształtowania terenu etc. Dobór elementów charakterystycznych, uwzględnianych przy kalkulacji

zależy wyłącznie od Wykonawcy. Z uwagi na powyższe Wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa względem szczegółowych wyliczeń z programu iTwo (załącznik nr 1, 12, 13, 14, 15 i 16), który jest efektem specyficznego dla Strabag Sp. z o.o. podejścia do kosztorysowania, będącego wynikiem doświadczenia Wykonawcy z uwzględnieniem możliwych ryzyk oraz możliwości zaproponowania zamawiającemu optymalnych rozwiązań.

Wartość gospodarcza powyższych informacji jest niemożliwa do precyzyjnego oszacowania, niemniej jednak wartością ta wyraża się w zysku, jaki Strabag Sp. z o.o. osiąga w związku realizacją zamówień publicznych. Dane zawarte w szczegółowych kosztorysach odnoszą się bezpośrednio do elementów stanowiących o polityce cenowej i organizacji przedsiębiorstwa Strabag sp. z o.o. Ujawnienie szczegółowych danych zawartych w załączniku nr 1, 12, 13, 14, 15 i 16, w tym kosztów bezpośrednich (kalkulacja własna rozbita na składowe R+M+S, a w przypadku posługiwania się ofertą podwykonawcy została ona uwzględniona w kolumnie =sprzęty i usługi=) oraz kosztów pozostałych i zysku w połączeniu z pozostałymi danymi zawartymi w pozostałych załącznikach do niniejszych wyjaśnień pozwoli podmiotom prowadzącym działalność konkurencyjną na uzyskanie wiedzy o obszarze i zasadach współpracy Strabag sp. z o.o. z kontrahentami, przyjętą przez Spółkę strategię budowania oferty. Powyższe dane będą miały niewątpliwie wpływ na przewagę konkurencyjną Strabag sp. z o.o. na rynku. (...)

W odniesieniu do ofert podwykonawców/dostawców zawartych w zał. nr 2a, i 3a wskazać należy, że ich treść jest właściwa jedynie dla relacji z Wykonawcą i jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty podwykonawców są dedykowane specjalnie dla zindywidualizowanych potrzeb Wykonawcy w ramach niniejszego postępowania, co zostało wyraźnie wskazane w załączonych ofertach. Każda z ofert złożonych Wykonawcy została zindywidualizowana w odniesieniu do Wykonawcy w stosunku do standardowo stosowanych przez dany podmiot warunków handlowych.

Wskazać również należy, że zarówno Wykonawcy jak i samymi oferentami, których oferty zostały załączone do niniejszego pisma w załącznikach nr 2a i 3a, zależy na zachowaniu poufności danych zawartych w ofercie, co znajduje odzwierciedlenie w treści ofert i zastrzeżeniach samych oferentów. Ujawnienie ofert oraz ustalonych zasad i warunków współpracy, mogą negatywnie skutkować dla relacji z innymi podmiotami, zwłaszcza że podmioty te również zastrzegają swoje oferty jako tajemnicę ich przedsiębiorstwa. Oferty podwykonawców i dostawców, w szczególności oferty zawarte w zał. nr 2a i 3a, w najdalej idący sposób wpływają na możliwość wywiązania się przez Wykonawcę z wykonania zamówienia (determinują kluczowe aspekty realizacji zamówienia). Podobnie ujawnienie umów ramowych (załącznik nr 5) zawartych przez Wykonawcę naraziłoby Wykonawcę na wymierną stratę, albowiem podmioty prowadzące działalność konkurencyjną powzięłyby wiadomości o bazie dostawców Wykonawcy, co skutkowałoby ich dążeniem do pozyskania analogicznych warunków współpracy i utrudniłoby złożenie przez Wykonawcę konkurencyjnych ofert w innych postępowaniach. (...)

Wykonawca, w celu pozyskania źródeł materiałów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, podjął działania mające na celu zapewnienie sobie ciągłości pozyskiwania i dostaw materiałów, w tym rozwiązań dających możliwość uniezależnienia się od wahań i koniunktury na rynku. Dane zawarte w załączniku nr 2a stanowią dla Wykonawcy określoną, wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie na tym etapie konkurentom uzyskanych cen w połączeniu z informacjami na temat źródeł pozyskania materiału realnie wpłynęłoby na sytuację Wykonawcy i możliwości składania konkurencyjnych ofert w ramach postępowań przetargowych.

Zawarte w ofertach podmiotów trzecich dane dotyczące zaproponowanych kwot, cen zaoferowanych na poszczególne materiały jak i zasad współpracy niewątpliwie mają znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. (...)

Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa załącznik nr 14, w którym zawarte są szczegółowe informacje na temat kalkulacji ceny oferty w zakresie obiektów inżynierskich, w tym ceny materiałów, szczegółowe wyjaśnienia dotyczące czynników branych pod uwagę przy ustalaniu ceny. Wiadomości te stanowią nie tylko know-how Wykonawcy, ale zawierają również informacje o uzyskanych i stosowanych cenach, ofertach podwykonawców, szczególnych warunkach właściwych jedynie dla Wykonawcy, są więc szczególnym zbiorem danych, które w tym konkretnym opisie i powiązaniu zawartym w zał. nr 14 nie są znane osobom trzecim, a które pozwalają Wykonawcy na składanie konkurencyjnych ofert również w innych postępowaniach. Tym samym załącznik nr 14 Wykonawca zastrzega jako stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa posiadającą wartość gospodarczą, techniczną i organizacyjną.

W stosunku do zastrzeżonych informacji spełnione są również przesłanki formalne uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Strabag sp. z o.o. nigdzie nie ujawnia ani nie publikuje zastrzeżonych informacji. Nie jest możliwe uzyskanie przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wiedzy w tym zakresie drogą zwykłą i dozwoloną - jak wyjaśnia możliwość uzyskania dostępu do informacji orzecznictwo SN na gruncie art. 11 ust 4 UZNK. (...)

Strabag sp. z o.o. nie zamieszcza danych w zakresie podanym w wyjaśnieniach ani w załącznikach na stronie internetowej, ani w materiałach spółki, ani w prasie. Nie są nam znane legalne i dozwolone kanały informacji, poprzez które wiedzę taką posiadać mogłyby firmy konkurencyjne. W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji, do

opracowywania ofert składanych przez nas w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarządzania dokumentami (tak wewnętrznymi dokumentami spółki, jak również przedstawionymi Zamawiającemu ofertami podwykonawców) uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami.

Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowników Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. (...)

W załączeniu przedkładamy listę osób, które uczestniczyły w przygotowaniu oferty – jednocześnie też tę listę zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa, albowiem zawiera ona dane osobowe pracowników Spółki, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych przez Wykonawcę i odpowiedzialnych za przygotowanie oferty w niniejszym postępowaniu.

Dowód: lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty - załącznik nr 4 do wyjaśnień stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji:

- wprowadził w swojej organizacji obowiązkowe zachowanie w poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa [dowód: Kodeks Postępowania - klauzula 4] – dowód: Kodeks Postępowania – załącznik nr 9
- ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy mają dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawnienia informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem,
- powołał pełnomocnika ds. bezpieczeństwa, zajmującego się m.in. nadzorem nad przestrzeganiem Kodeksu Postępowania, w tym zasad poufności,
- wprowadził wytyczne dotyczące korzystania z technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych,
- wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Postępowania,
- wprowadził do treści umów o podwykonawstwo stosowne postanowienia w tym zakresie,
- udostępnił na stronie www.strabag.pl Kodeks Postępowania, zapewniając jednocześnie swoich kontrahentów o przestrzeganiu przez pracowników koncernu STRABAG SE zasad poufności w zakresie informacji mogących leżeć w interesie jego klientów.

Dodatkowo wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. W załączeniu przedkładamy dokument regulujący tę kwestię, tj. „Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych”.

Dowód: „Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych” – załącznik nr 10 do wyjaśnień stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa

W przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązuje wdrożony system polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dokument ten określa zasady ochrony posiadanych przez Spółkę informacji nieujawnionych do publicznej wiadomości, które posiadają wartość gospodarczą dla Spółki oraz sposób postępowania z tymi informacjami.

Dowód: „Procedura polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” – załącznik nr 11 do wyjaśnień stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa

Jednocześnie, również w odniesieniu do „Wytycznych koncernu dotyczących korzystania z technologii informatycznych” jak i „Procedury polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa” zastrzegamy ich treść, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ zawierają one know-how Wykonawcy, który obejmuje wypracowany system przekazu informacji umożliwiający zachowania bezpieczeństwa i poufności przekazywanych danych i nie jest ujawniany publicznie.

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

Kolejno ustalono, że 20 maja 2025 r. zamawiający zawiadomił odwołującego II o odtajnieniu wyjaśnień odwołującego II z 25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami:

Załącznik 1. Tabela RMS dla całości zadania – załącznik utajniony – dowód nr 1

Załącznik 2a. Oferty na materiały – załącznik utajniony – dowód nr 2

Załącznik 3a. Oferty od podwykonawców branżowych – załącznik utajniony – dowód nr 3

- Zał. 4. Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty – załącznik utajniony - dowód nr 4
Zał. 5. Zestawienie zawartych umów ramowych – załącznik utajniony – dowód nr 5
Zał. 6. Wartość roboczogodziny – załącznik utajniony – dowód nr 6
Zał. 10. Wytyczne koncernu w sprawie korzystania z technologii IT – załącznik utajniony - dowód nr 10
Zał. 11. PR Polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa – załącznik utajniony - dowód nr 11
Zał. 12. Tabela RMS dla robót ziemnych – załącznik utajniony - dowód nr 12.
Zał. 13. Tabela RMS dla montażu toru bezstykowego – załącznik utajniony – dowód nr 13.
Zał. 14. Obiekty inżynieryjne – wykonanie zbrojeń, w tym ceny stali oraz pali CFA – załącznik utajniony – dowód nr 14.
Zał. 15. Tabela RMS wymiana gruntu – załącznik utajniony – dowód nr 15.
Zał. 16. Koszty wykonania całości robót – załącznik utajniony – dowód nr 16.

które w opinii Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k), zgodnie z poniższym uzasadnieniem.

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

Przy ocenie zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych przez poszczególnych wykonawców należy wziąć pod uwagę przyjęty w aktualnych wyrokach KIO kierunek orzekania podkreślający ujętą w art. 18 ust. 1 Ustawy zasadę jawności postępowania.

Podkreślić należy, iż możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców stanowi realizację tej zasady i jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców. To zaś w konsekwencji przedkłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienia i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. (...)

Transparentność postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok KIO z 29.03.2021 r., KIO 720/21, LEX nr 3163095). (...)

Zatem, aby za zasadne móc uznać pozostawienie zastrzeżonych przez Wykonawcę części wyjaśnień co do ceny wraz ze wskazanymi załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawcy zobowiązani są wykazać łącznie w sposób rzetelny, że zastrzeżona informacja:

- 1) 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.

Sama okoliczność zastrzeżenia informacji jako poufnej nie oznacza automatycznie, że dokument faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK.

Strabag Sp. z o.o. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wyjaśnienia z dnia 25 kwietnia 2025 r. wraz z załącznikami. Wykonawca przedstawił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, które zostało przekazane Zamawiającemu w treści Wyjaśnień. (...)

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. zawarł obszerny wywód dotyczący tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z którym objęcie ochroną informacji zawartych w ofercie, w tym szczegółowych danych z programu kosztorysowego iTwo oraz listy osób przygotowujących ofertę, ma na celu zabezpieczenie dorobku firmy i jej specyficznego know-how. Wykonawca ogólnie wskazuje, że sposób kalkulacji cen i przypisania kosztów do poszczególnych elementów zamówienia jest wynikiem jego doświadczenia, indywidualnego podejścia oraz autorskiej metodologii, której ujawnienie miałoby rzekomo umożliwić konkurencji odwzorowanie strategii cenowej i osłabić jego pozycję rynkową. Jednocześnie Wykonawca nie przedstawia konkretnych dowodów na to, że wskazane informacje rzeczywiście spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., ograniczając się do ogólnych stwierdzeń o unikalnym charakterze danych oraz hipotetycznych zagrożeniach związanych z ich upublicznieniem.

Przedmiotowy wywód nie odnosił się w swojej treści do konkretnych przedłożonych w kalkulacji ceny oferty, informacji i dokumentów. Przedmiotowe pismo jest ogólnym, mającym charakter blankietowy, wywodem nie odnoszącym się do realiów sprawy oraz poszczególnych elementów składowych wyjaśnień, które w przekonaniu wykonawcy winny

podlegać ochronie.

Wykonawca nieprzekonywująco wyjaśnia, dlaczego sporządzona kalkulacja lub metodologia charakteryzuje się jakimiś szczególnymi cechami, które mogłyby uzasadniać objęcie kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Niska wartość oferty, sama w sobie, nie świadczy o unikalnych rabatach, upustach, czy innych preferencyjnych warunkach, które są nieosiągalne dla innych wykonawców.

Jak trafnie wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7.04.2023 r., KIO 808/23, LEX nr 3562508 „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.”

Każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia samodzielnie szacuje koszty jego realizacji w oparciu o dostępne mu zasoby, środki finansowe, materiały, sprzęt czy pracowników. Trudno zatem uznać, że poprzez ujawnienie szacowanych kosztów realizacji konkretnego zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów. Przedsiębiorcy dostosowują ceny swoich usług w czasie rzeczywistym, biorąc pod uwagę ceny materiałów i usług oraz ich dostępność, popyt na rynku, zmieniające się koszty, zasoby własne, doświadczenie, a nie ceny zaoferowane przez podmioty konkurencyjne. Wbrew logice byłoby uznanie, że po ujawnieniu kalkulacji ceny inni wykonawcy zmieniają w całości swoją strategię biznesową aby obniżyć swoje ceny.

Nie ma możliwości dostosowania cen do wszystkich wykonawców biorących udział w tego typu postępowaniach (KIO 1976/24 i 2122/24).

Wykonawca wskazuje na wewnętrzne środki ochrony informacji (m.in. Kodeks Postępowania - klauzula 4, Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych, Polityka bezpieczeństwa), jednak również te działania opisane są dość ogólnikowo, bez wskazania, w jakim zakresie rzeczywiście zabezpieczają konkretne dokumenty złożone w postępowaniu. Wątpliwości budzi zatem rzetelność środków podjętych przez Wykonawców w celu zapobieżenia ujawnianiu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie wykazał rzeczowo, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie ją upatruje, a zatem nie wykazane zostało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu należy wskazać, że: Wartość gospodarczą posiada taka informacja, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy (KIO 1091/23).

Wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna) (KIO 1013/23).

Wykonawca nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie treści ofert podwykonawcy miałyby prowadzić do przewagi konkurencyjnej, a w konsekwencji uniemożliwić wykonawcy zastrzegającemu tajemnicę pozyskanie przyszłych ofert.

Należało wykazać jakie faktycznie znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku ma poznanie konkretnej informacji i jak przekłada się to na ryzyko zagrożenia uzasadnionym interesom wykonawcy, a nie poprzestać na ogólnych zapewnieniach o tym, jak ważne dla niego są to informacje, bez ich zindywidualizowania i bez przekonującego uzasadnienia, że ryzyko osłabienia pozycji rynkowej wykonawcy związane z ujawnieniem informacji faktycznie może się zmaterializować (KIO 1091/23).

Wykonawca nie przedstawił takiego przekonującego uzasadnienia.

Trudno uznać za racjonalne, że przez ujawnienie szacowanych kosztów poszczególnych pozycji zamówienia, inni wykonawcy zaczną obniżać swoje ceny, w oderwaniu od swoich indywidualnych uwarunkowań i zasobów (KIO 1013/23).

Stanowisko Wykonawcy Strabag Sp. z o.o. ogranicza się jedynie do ogólnikowych twierdzeń, które mają w ich ocenie wskazywać na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca w żaden sposób nie powiązał

prezentowanej argumentacji z poszczególnymi zastrzeżonymi informacjami.

Informacja nie zyskuje wartości gospodarczej tylko przez to, że w ocenie danego podmiotu (czy stron umowy) jest ona poufna (KIO 1091/23).

W wyroku KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23, zauważono, iż "przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. (...) Pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych, a tym bardziej gdy ich utajnienie służy wyłącznie uniemożliwieniu zweryfikowania prawidłowości wyceny kosztów realizacji konkretnych zamówień. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko wola przedsiębiorcy utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. (...)

Analiza uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy ujęta w piśmie Wykonawcy nie pozwala na ustalenie, na czym miałyby polegać know-how Wykonawcy przy kalkulowaniu ceny w tym postępowaniu.

Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. o sygn. akt 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.

Wykonawca nie uzasadnia w jaki sposób z treści oferty podwykonawców i poczynionych z nim ustaleń można pozyskać informacje o organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów. Brak też wyjaśnienia co do unikalności, autorskiego charakteru takich rozwiązań, a także jak zapoznanie się z takimi informacjami miałyby realnie wpływać na pogorszenia konkurencyjności.

Sama okoliczność, że stawki pozyskane w ofercie podwykonawcy wynikają z negocjacji nie wyjaśnia jakie czynniki miały wpływ na obniżenie ceny.

Jak wynika z orzeczeń KIO konieczne jest wykazanie, że czynność ta (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji (KIO 1013/23).

Aby dana informacja mogła być uznana za skutecznie zastrzeżoną musi wiązać się z wykazaniem, co Wykonawcy grozi za jej ujawnienie. Tym zagrożeniem może być utrata dotychczasowego kontrahenta powodująca, że niemożliwe będzie uzyskanie danego świadczenia na dotychczasowych warunkach, a pozyskanie nowego wiąże się z wydatkami na jego poszukiwanie, czy pozyskaniem mniej atrakcyjnych warunków świadczenia, np. dłużej, drożej, z krótszą gwarancją, większym ryzykiem niepowodzenia. Są to zagrożenia możliwe do estymacji i przedstawienia jako ryzyko utraty wartości gospodarczej informacji. Ujawnienie informacji może wiązać się z utratą renomy, zaufania do firmy, dobrego imienia. Sam fakt, że informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że te informacje same w sobie mają wartość gospodarczą (KIO 1013/23).

Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że treść ofert i oparta na nich kalkulacja ceny jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji, co miało pozwolić na indywidualnie wynegocjowane warunki handlowe.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2024 r. o sygn. akt KIO 223/24, KIO 234/24 wskazano, że: 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.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 maja 2023 r. o sygn. akt KIO 1195/23 stwierdziła, że: Budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a

szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu.

W ocenie Zamawiającego, w świetle aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca nie wykazał, aby zastrzeżone przez niego informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadały taki walor.

Podsumowując w ocenie Zamawiającego Wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone w treści wyjaśnień informacje wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa a w szczególności, że posiadają wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

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

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 Izby Gospodarczej Transportu Lądowego w Warszawie jako uczestnika postępowania po stronie odwołującego.

Izba stwierdziła, że prawo do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przysługuje jedynie wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 525 ust. 1 Pzp, *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.* Zgodnie natomiast z art. 7 pkt 30 Pzp, przez wykonawcę rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulegało wątpliwości, że Izba Gospodarcza Transportu Lądowego w Warszawie nie złożyła oferty w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie była zatem wykonawcą.

Oszem, Izba Gospodarcza Transportu Lądowego w Warszawie jest organizacją wpisaną na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 469 pkt 15 Pzp. Jednakże uprawnienia takiej organizacji określa art. 505 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.* Z przepisu tego wynikają zatem dwojakiego rodzaju ograniczenia. Po pierwsze, organizacji takiej przysługują środki ochrony prawnej, do których zalicza się odwołanie do izby czy skarga do sądu na wyrok izby. Po drugie zaś, te środki ochrony prawnej służą organizacji wyłącznie wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia. Odwołanie rozpatrywane przez izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 nie dotyczyło zaś ogłoszenia ani dokumentów zamówienia, lecz czynności odtajnienia wyjaśnień odwołującego II. Wobec powyższego izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 Izby Gospodarczej Transportu Lądowego w Warszawie jako uczestnika postępowania po stronie odwołującego.

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Za chybione uznano zawarte w obu odwołaniach zarzuty naruszenia art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 16 Pzp.

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 niekonkretne 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 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., Klaipeđos 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 (Klaipeđos 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 z orzecznictwa Trybunału ciężar wykazania, że zastrzegane przez niego poszczególne 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 odwołujących informacji i uzasadnienia ich poufności prawidłowo ustalił, że odwołujący nie zdołali wykazać, iż tajemnicę ich przedsiębiorstwa stanowią informacje zawarte w odtajnianych wyjaśnieniach ceny. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, obaj odwołujący zobowiązani byli 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. Sołtyński 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 wystarczy 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. Ponadto informacja musi mieć wartość gospodarczą w sposób obiektywny, nie wystarczy do tego oderwane od rzeczywistości, subiektywne przeświadczenie samego wykonawcy, że tak jest. Wreszcie wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Na konieczność omówienia i wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji, zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w swym wyroku z 11 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie o sygn. akt II CSKP 1808/22. Sąd Najwyższy wskazał, że *Wykonawca, zastrzegając klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa różnego rodzaju informacje przekazywane zamawiającemu, zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek ustawowych wobec każdej z nich. Złożenie uzasadnienia wobec niektórych z nich z pominięciem innych skutkuje obowiązkiem odtajnienia tych z informacji, które zostały przez wykonawcę pominięte w uzasadnieniu. Wykonawca winien więc nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, w wyroku tym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał także, że obowiązkiem zamawiającego nie jest samodzielne poszukiwanie powodów utajnienia każdej z zastrzeganych informacji. Sąd ten uznał, że Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca, który tak twierdzi, wywiązał się z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał.*

Izba stwierdziła, że jeśli chodzi o odwołującego I to zamawiający słusznie ocenił, że odwołujący I nie sprostał przede wszystkim ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych przez siebie informacji.

Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia wskazał m.in. następujące powody odtajnienia:

- 1) *„Wykonawca nieprzekonywująco wyjaśnia, dlaczego sporządzona kalkulacja czy metodologia charakteryzuje się jakimiś szczególnymi cechami, które mogłyby uzasadnić objęcie kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa.”;*
- 2) *„Wykonawca nie wykazał rzeczowo, dlaczego w ramach niniejszego postępowania ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić szkodę i w czym dokładnie ją upatruje, a zatem nie wykazane zostało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”;*
- 3) *„Należało wykazać jakie faktycznie znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku ma poznanie konkretnej informacji i jak przekłada się to na ryzyko zagrożenia uzasadnionym interesom wykonawcy, a nie poprzestać na ogólnych zapewnieniach o tym, jak ważne dla niego są to informacje, bez ich zindywidualizowania i bez przekonującego uzasadnienia, że ryzyko osłabienia pozycji rynkowej wykonawcy związane z ujawnieniem informacji faktycznie może się zmaterializować.”*

W pierwszej kolejności podkreślania wymagało, że odwołujący I w swym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawarł niezwykle obszerny, lecz w swej istocie bardzo ogólny wywód natury prawnej dotyczący ogólnie pojęcia wartości gospodarczej zastrzeganych dokumentów. Odwołujący I przykładowo wskazywał:

Złożone wyjaśnienia i dowody, w tym kalkulacja obrazują indywidualne podejście do szacowania elementów przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, to indywidualne podejście nie dotyczy tylko tego jednego zamówienia, ale tego rodzaju zamówień. Wykonawca nie tworzy całkowicie nowego planu działania dla każdego oddzielnego zamówienia na roboty budowlane. Posługuje się wypracowanymi schematami, efektywnymi rozwiązaniami, które odpowiednio dobiera na potrzeby danego zamówienia. Wzrost trwałości elementu przedsiębiorstwa posiadają metody obniżenia kosztów i w konsekwencji ceny oferty. Jednocześnie dla rynku informacje o stosowanych rozwiązaniach optymalizacyjnych przez Wykonawcę jest de facto informacją o efektywnych rozwiązaniach realizacyjnych, w konsekwencji informacją o sposobie wypracowania zysku.

Niewątpliwie zastrzeżone wyjaśnienia cenowe mają obiektywną wartość gospodarczą. Świadczy o tym po pierwsze, to, że wykonawcy w przetargach budowlanych konkurują głównie ceną. Optymalizacja rozwiązań powoduje zmniejszenie kosztów i możliwość zaoferowania najkorzystniejszej ceny i wygrania przetargu.

Sposób kalkulowania ceny oferty wynika z lat doświadczeń. Wykonawca bowiem poniósł koszty związane z wdrożeniem w firmie optymalizacji kosztów. Poniósł koszty związane z opracowaniem strategii cenowej. Jest to proces długi i kosztowny. Wymaga sporych nakładów pracy, w tym ciągłych analiz realizowanych zamówień oraz realiów rynkowych. Ujawnienie wyjaśnień cenowych niewątpliwie może posłużyć innym jako wzory do zastosowania we własnych

przedsiębiorstwach bez ponoszenia kosztów w tym zakresie, czy udoskonalania własnych technik i metod ustalania ceny.

Jak wynikało z przytoczonych fragmentów uzasadnienia, zdaniem odwołującego I ujawnienie zastrzeżonych informacji pozwoli innym wykonawcom na pozyskanie wiedzy na temat jego rozwiązań optymalizujących cenę czy sposobu szacowania ceny.

Zdaniem izby odwołujący I nie opisał na czym konkretnie miałyby polegać ta metoda i optymalizacja kalkulacji rzekomo nieznaną innym wykonawcom. Nie wiadomo zatem na czym polega unikalność w metodzie wyliczania, optymalizacji, czy nieznaną innym autorska koncepcja albo model kształtowania ceny. Zamawiający także prawidłowo dostrzegł, że wywód odwołującego I nie odnosił się w swojej treści do konkretnych złożonych w kalkulacji cenowej ofert ani do konkretnych informacji i poszczególnych dokumentów. Wywód ten miał charakter niewątpliwie obszerny, ale i zarazem niezwykle ogólny i niezindywidualizowany. Nie odnosił się do poszczególnych informacji zawartych w konkretnych dokumentach. W konsekwencji zamawiający nie został zatem wyposażony przez wykonawcę w niezbędną wiedzę, które konkretnie stawki, rabaty mają wartość gospodarczą i dlatego tak jest. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa choć wielostronicowe, to w istocie posiadało charakter ogólnikowy, szablonowy, niekonkretny, oderwany od zastrzeganych informacji i mogło być złożone w każdym postępowaniu, gdzie wykonawca składa kosztorys czy ofertę podwykonawczą. Odwołujący I zdawał się zatem prezentować stanowisko, że skoro zastrzega informacje w postaci ofert podwykonawczych czy wycenionych przedmiarów robót dla poszczególnych rodzajów prac i są one kalkulacją cenową to automatycznie oznacza, że mają one wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk. Z takim podejściem nie można było się zgodzić. Zdaniem izby kalkulacja cenowa to po prostu rozbitcie 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, nieznaną sposób dojścia do danej kwoty, wyjątkowe warunki umożliwiające zastosowanie danej ceny. Zdaniem izby tę unikalność, wyjątkowość należy omówić i wykazać. Przy przyjęciu stanowiska odwołującego I za tajne należałoby uznawać wszystkie bez wyjątku kosztorysy ofertowe, wszystkie rozbitcia ceny ofertowej składane przez wykonawców w toku postępowań o udzielenie zamówień, które wszak też stanowią pewną kalkulację cenową.

Zamawiający prawidłowo dostrzegł także, że odwołujący I nie zindywidualizował swego obszernego wywodu do poszczególnych zastrzeganych informacji, co w świetle przytoczonego wcześniej wyroku Sądu Najwyższego zobowiązany był uczynić. Tym samym odwołujący I usiłował przerzucić na zamawiającego obowiązek powiązania obszernie ale i niezwykle ogólnie opisanych powodów utajnienia grup informacji z całymi zastrzeganymi dokumentacją (a nie informacjami), z czym nie można się było zgodzić. To wykonawca zobowiązany jest dochować precyzji w przyporządkowaniu opisywanych powodów utajniania do poszczególnych zastrzeganych informacji, a nie do całych grup dokumentów niezależnie od ich zawartości i treści. W konsekwencji nie można było się zatem zgodzić z tezą odwołującego I jakoby zamawiający odtajniając sporne informacje kierował się subiektywną oceną „przekonania” lub „przekonywalności” uzasadnienia wykonawcy, gdyż obiektywnie rzecz biorąc, w swej istocie to uzasadnienie nie było przekonujące.

Nie można było zgodzić się z odwołującym I także w tym, że przekonująco wykazał szkodę, jaka grozi mu będzie w razie ujawnienia zastrzeganych informacji.

Odwołujący I w odwołaniu przywołał fragmenty swego uzasadnienia zastrzeżenia, które miały świadczyć o tym, że wykazał on ww. element. Odwołujący argumentował, że na stronie 17 wyjaśnień RNC wskazał m.in., że: „*To potencjalne ryzyko zmniejszenia konkurencyjności na rynku, wyraża się w tym, że znając sposób konstruowania ceny oferty (cen jednostkowych) na roboty budowlane (w tym kolejowe), konkurencja ale również inne podmioty funkcjonujące na rynku: zyskują lepszą wiedzę o konkurencie, o jego działalności, potencjale, preferowanych rozwiązaniach. Wiedza ta nie jest konkurentom potrzebna do korzystania ze środków ochrony prawnej w danym przetargu, natomiast mogą kopiować rozwiązania w celu zaoszczędzenia kosztów i zwiększenia swojej konkurencyjności, w tym skuteczniej rywalizować o zamówienia publiczne i budować własną markę, mogą również wykorzystywać tę wiedzę w celu zdobycia przewagi, czy nawet wyeliminowania z rynku Wykonawcy, dalej mogą udostępnić innym tę wiedzę w różnych celach niezwiązanych z przetargiem.*”

Odwołujący I przywołał także następujący fragment uzasadnienia: *Jednocześnie, wiedza o indywidualnym podejściu w zakresie szacowania wynagrodzenia za dany rodzaj zamówienia daje możliwość ustalenia stosowanej w przedsiębiorstwie polityki cenowej i dostosowanie metod i technik we własnym przedsiębiorstwie w celu przebicia oferty Wykonawcy. Wpływ na konkurencję na rynku poprzez szerokie udostępnienie informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę przejawia się również w tym, że nieograniczona liczba zainteresowanych może pozyskać konkretne merytoryczne dane, które może skopiować i zastosować we własnej działalności, a to w konsekwencji przyczyni się do*

zwiększenia liczby profesjonalnych firm na rynku robót budowlanych w ogóle, w tym na rynku właściwym. Zwiększenie konkurencji poprzez wykorzystanie doświadczeń Wykonawcy wyrządzi mu szkodę, w związku z tym, że poniósł on wymierne i niewymierne koszty zdobycia doświadczenia i know-how.”

Wreszcie na stronie 20 wyjaśnien RNC odwołujący I wskazał: „Co więcej, ujawnienie tych informacji spowoduje, że konkurencja pozyska wiedzę co do tego, w jaki sposób można obniżyć koszty i jak robi to Wykonawca. Wszystkie te informacje jako praktyczne informacje mogą zostać wykorzystane do walki konkurencyjnej, czy to przez zastosowanie tych rozwiązań we własnej działalności w celu zaoszczędzenia kosztów i zwiększenia wartości firmy, czy do zdobycia przewagi na rynku, czy też w celu wyeliminowania Wykonawcy z rynku. Żadnych z przekazanych informacji nie można uzyskać w zwykłej, dozwolonej drodze.”

Jak wynikało z przywołanych obszernych, lecz ogólnych fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia, zdaniem odwołującego I ujawnienie tych informacji miało pozwolić innym wykonawcom na zaoszczędzenie kosztów i w tym wyrażać się miała grożąca mu szkoda. Jednakże pomimo analizy sporządzonego uzasadnienia, ani nawet pomimo przeprowadzenia rozprawy w dalszym ciągu nie można ustalić, 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. Po drugie nie wiadomo także z czego wynikała opisywana obawa odwołującego I. Jeśli omawiane stawki czy rabaty uzyskane od podwykonawców są wynikiem wieloletniej współpracy odwołującego I z tymi podmiotami, to nie będą dostępne wykonawcom konkurencyjnym po ich ujawnieniu przez odwołującego I. W dalszym zatem ciągu odwołujący I będzie się mógł cieszyć z niezmiennych warunków cenowych z tymi podwykonawcami wynikających z wieloletniej współpracy. Ponadto, jeśli w branży SRK jest faktycznie zaledwie kilku dostępnych na rynku podwykonawców, to siłą rzeczy ich nazwy nie są żadną tajemnicą, a każdy z wykonawców w mniejszym lub większym zakresie współpracuje z jednym lub kilkoma z nich.

Przede wszystkim jednak wątpliwości budziło to, że nie złożono zamawiającemu dowodów pochodzących od tych podwykonawców czy kontrahentów ani jakichkolwiek innych na okoliczność wyjątkowości stosowanych stawek, ofert, a przede wszystkim niedostępności innym wykonawcom tych stawek i ofert. Nie porównano ich też np. ze stawkami rynkowymi celem wykazania ich wyjątkowej atrakcyjności (nierynkowości) czy niedostępności innym wykonawcom, gdyby zwrócili się o takie same stawki do tych samych podwykonawców czy kontrahentów.

Jeśli chodzi o działania podjęte przez odwołującego I celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności to zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia prawidłowo dostrzegł, że działania takie wykazano w odniesieniu do lidera konsorcjum Mirbud i w odniesieniu do konsorcjanta Torhamer. Jeśli jednak chodzi o konsorcjanta Transkol, to zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia zarzucił, że odwołujący I nie przedstawił w tym zakresie żadnych szerszych informacji i dowodów.

Zdaniem izby stanowisko zamawiającego okazało się trafne. Odwołujący I powody, dla których nie przedstawił w tym zakresie szerszych informacji i dowodów, zawarł dopiero w pkt 70 uzasadnienia odwołania. Dopiero w pkt 70 uzasadnienia odwołania odwołujący I wskazał, że: *w strukturach Transkol faktycznie obowiązują te same środki (w tej samej postaci i przy wykorzystaniu tożsamej kadry). Powyższe wynika z faktu, iż spółka Transkol jest spółką córką spółki Mirbud S.A.. Mirbud S.A. jest jedynym wspólnikiem spółki Transkol, a co za tym idzie – jest jej właścicielem. Z perspektywy prawa spółek, spółka zależna jest wprawdzie odrębnym bytem prawnym (posiada osobowość prawną), niemniej faktyczny zakres jej autonomii jest ograniczony przez pełną kontrolę sprawowaną przez jedynego wspólnika. W praktyce oznacza to, że spółka dominująca m.in. tworzy i egzekwuje polityki obowiązujące również w spółkach zależnych. W przypadku spółki, której jedynym wspólnikiem jest spółka dominująca, nie jest wymagane osobne uchwalanie przez spółkę zależną analogicznych regulaminów, jeśli regulacje te zostały zaimplementowane poprzez działania organizacyjne podejmowane przez spółkę dominującą.*

Izba stwierdziła, że takie działanie odwołującego I należało uznać za spóźnione. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp wykazanie tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa powinno nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed izbą.

Zgodzić należało się natomiast z odwołującym I, że zamawiający nie podał mu jakichkolwiek powodów, dla których odtajnia takie załączniki jak kopie umów (załączniki 23-31 do wyjaśnień) czy dokumenty dotyczące funkcjonowania wewnętrznego konsorcjantów (załączniki nr 38-44 do wyjaśnień). Omawiane dokumenty opisywały wewnętrzne procedury bezpieczeństwa funkcjonujące w strukturach poszczególnych konsorcjantów odwołującego I. Izba stwierdziła także, że zamawiający nie podał powodów odtajnienia nawet w odpowiedzi na wniesione odwołanie. Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że Pzp nie wskazuje w ogóle na obowiązek uzasadnienia przez zamawiającego czynności odtajnienia, w przeciwieństwie choćby do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej (por. art. 253 ust. 1 Pzp) czy czynności unieważnienia postępowania (art. 260 ust. 1 ustawy Pzp). Z drugiej jednak strony – w przypadku tego rodzaju doniosłej dla wykonawców czynności jaką jest odtajnienie dokumentów - praktykę uzasadnienia takiej czynności można próbować wywodzić z zasady przejrzystości (art. 16 Pzp) czy pisemności postępowania (art. 20 Pzp). Zamawiający powinien zatem podać wykonawcy choćby skrótowo powody odtajnienia, czego jednak nie uczynił.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy okazał się natomiast złożony przez odwołującego I w charakterze dowodu dokument - *pismo zamawiającego z dnia 23 maja 2025 r., zawierające zawiadomienie o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a złożonych przez konsorcjum Mirbud S.A., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuzy - Lębork w ramach projektu pod nazwą "Zapewnienie dostępu kolejowego do elektrowni jądrowej Lubiатовo-Kopalino"*. Odwołujący I złożył ten dowód w celu wykazania niekonsekwencji zamawiającego związanej z odtajnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywał, że pomimo niezłożenia dowodów odnośnie działań podjętych przez Transkol celem utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, zamawiający w tamtym postępowaniu nie uznał tego braku za powód odtajnienia.

Przedmiotem oceny izby w tej sprawie było rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu informacji złożonych przez odwołującego I w kontekście niedostatków uzasadnienia zastrzeżenia, jakie sporządził odwołujący I w tym postępowaniu. Odwołujący I nie wykazał aby w postępowaniu, o którym była mowa w złożonym dowodzie, przedstawiono identyczne uzasadnienie zastrzeżenia, które następnie zostało odmienne ocenione przez tego samego zamawiającego. W związku z tym bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawała czynność zamawiającego podjęta w innym postępowaniu, wobec innych zastrzeganych informacji i w sytuacji, gdy mogło tam zostać przedstawione inne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na marginesie zaś dostrzeżenia wymagało, że w przedstawionym przez odwołującego I dowodzie, zamawiający mimo, iż faktycznie uznał omawianą przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa za spełnioną, to w uzasadnieniu czynności odtajniania zawarł jednak wywód, w którym wytykał konsorcjum Mirbud S.A. oraz Transkol sp. z o.o., iż konsorcjum to w ww. postępowaniu nie przedstawiło żadnych dodatkowych informacji ani dowodów w kwestii środków zabezpieczających tajemnicę przedsiębiorstwa u konsorcjanta Transkol. W dowodzie tym znalazło się także stanowisko zamawiającego, że *w związku z tym pojawiają się wątpliwości co do rzetelności środków podjętych przez wykonawcę w celu zapobiegania ujawnianiu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa*.

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. Następstwem 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.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2178/25 nie zasługiwało na uwzględnienie.

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

W odniesieniu do ofert podwykonawców/dostawców zawartych w załącznikach nr 2a, i 3a do wyjaśnień odwołujący II wyjaśniając powody ich utajnienia i opisując wartość gospodarczą wskazał, że *ich treść jest właściwa jedynie dla relacji z Wykonawcą i jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty podwykonawców są dedykowane specjalnie dla zindywidualizowanych potrzeb Wykonawcy w ramach niniejszego postępowania*.

Izba stwierdziła, że jeśli faktycznie treść oferty podwykonawczej i wynikająca z niej wysokość ceny czy rabatu jest wynikiem wieloletniej współpracy odwołującego II z podwykonawcami / dostawcami, to ich ujawnienie nie grozi niczym odwołującemu II. Nie umożliwi bowiem innym wykonawcom uzyskania takich samych stawek czy rabatów. Ci inni wykonawcy nie będą mogli bowiem powoływać się na dobrodziejstwo takiej wieloletniej współpracy i relacje zbudowane z odwołującym II. W dalszym zatem ciągu odwołujący II będzie się mógł cieszyć z tych stawek i rabatów, a przynajmniej nie wykazano okoliczności przeciwnej.

Odwołujący II podniósł także w odwołaniu, że już sama wola podwykonawców, aby oferta z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa nie była ujawniana, na co Odwołujący wskazał w Wyjaśnieniach RNC, obliuguje Zamawiającego do utajnienia oferty. Z takim podejściem nie można było się zgodzić. O tym, czy dana informacja jest tajemnicą przedsiębiorstwa, a w szczególności czy posiada wartość gospodarczą, nie decyduje subiektywne przekonanie podwykonawcy, że tak jest, tylko okoliczności natury obiektywnej, które należy omówić i wykazać.

Analogicznie powody utajnienia i wywody o wartości gospodarczej odwołujący II przedstawił w odniesieniu do zastrzeganych umów ramowych (załącznik nr 5 do wyjaśnień) czy załącznika nr 14 do wyjaśnień (Obiekty inżynierskie – wykonanie zbrojeń, w tym ceny stali oraz pali CFA). Odwołujący II w odniesieniu do załącznika 5 oświadczył, że ujawnienie go *naraziłoby Wykonawcę na wymierną stratę, albowiem podmioty prowadzące działalność konkurencyjną powzięłyby wiadomości o bazie dostawców Wykonawcy, co skutkowałoby ich dążeniem do pozyskania analogicznych warunków współpracy i utrudniłoby złożenie przez Wykonawcę konkurencyjnych ofert w innych postępowaniach.* W przypadku załącznika nr 14 odwołujący II wskazał zaś, że ten dokument zawiera również informacje o uzyskanych i stosowanych cenach, ofertach podwykonawców, szczególnych warunkach właściwych jedynie dla niego. Jak wynikało z powyższego, również i w tym przypadku, inni wykonawcy nie będą mogli powoływać się na dobrodziejstwa wieloletniej współpracy podwykonawców z odwołującym II czy zbudowane przez niego relacje z dostawcami, skoro te są właściwe jedynie dla relacji łączących odwołującego II z ww. podmiotami.

Odwołujący II w odwołaniu podniósł także, że *ujawniając ofertę i ceny podwykonawców, Zamawiający naraził na uszczerbek potencjalne zyski, które podwykonawcy utracą z uwagi na odtajnienie ich cen ofertowych przygotowanych wyłącznie dla Odwołującego. Co za tym idzie podwykonawca, który zastrzegł swoją ofertę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, traci przewagę negocjacyjną z pozostałymi wykonawcami działającymi na rynku.*

Podkreślenia wymagało, że tego rodzaju argumentacji odwołujący II nie przedstawił w uzasadnieniu zastrzeganych załączników nr 2a, 3a, 5 czy 14 do swych wyjaśnień ceny. Odwołujący II nie powoływał się tam na utratę przewagi negocjacyjnej przez swych podwykonawców. Na ten element nie wskazywali też podwykonawcy w swych ofertach. Na powyższy powód utajnienia omawianych dokumentów odwołujący II powołał się po raz pierwszy dopiero w odwołaniu. Takie działanie odwołującego II, w świetle jednoznacznego brzmienia art. 18 ust. 3 Pzp, należało uznać za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 18 ust. 3 Pzp wykazanie powodów utajnienia zastrzeganych informacji powinno nastąpić w momencie przekazywanych zastrzeganych informacji, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed izbą.

Jeśli chodzi o powody ujawnienia szczegółowych kalkulacji robót (Zestawienie tabelaryczne – załączniki nr 1, 12, 13, 15 i 16 do wyjaśnień ceny oraz wartość roboczogodziny – załącznik nr 6) to odwołujący II uzasadniając wartość gospodarczą wskazywał, że są to *informacje o szczegółowych kosztach przypisanych przez wykonawcę do określonego zakresu robót, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy.* Odwołujący II argumentował także, że *Sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu/elementu robót jest efektem uzyskanego przez niego know-how zdobytego na podstawie doświadczenia. Są to informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty indywidualnie przyjmowane przez Wykonawcę na potrzeby niniejszego postępowania.*

Jak wynikało z powyższego, zdaniem odwołującego II ujawnienie zastrzeżonych informacji pozwoli innym wykonawcom na pozyskanie wiedzy na temat jego własnych rozwiązań optymalizacyjnych, sposobu przypisywania kosztów do określonego zakresu robót. Według izby zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący II nie opisał na czym konkretnie miałyby polegać ta nieznana innym wykonawcom metoda optymalizacji kalkulacji, specyfika przypisywania kosztów do określonego zakresu robót, rzekomo nieznana innym wykonawcom. Nie wiadomo zatem na czym polega unikalność w metodzie wyliczania, optymalizacji, nieznana innym autorska koncepcja albo model kształtowania ceny. Zamawiający nie został zatem wyposażony przez odwołującego II w wiedzę, na czym konkretnie ma polegać to nowum.

W uzasadnieniu czynności odtajnienia zamawiający wskazał także, że *jego wątpliwości budzi rzetelność środków prawnych podjętych przez Wykonawców w celu zapobieżenia ujawnianiu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa*. Zdaniem zamawiającego wewnętrzne środki ochrony prawnej opisane zostały przez odwołującego II ogólnikowo bez wskazania, w jakim zakresie rzeczywiście zabezpieczają konkretne dokumenty.

Odwołujący II w odwołaniu nie zgodził się z tym powodem odtajnienia. Odnosząc się do przytoczonego powodu odtajnienia izba stwierdziła z jednej strony, że argumentacja zamawiającego faktycznie nie została w żaden sposób pogłębiona. Odwołujący II słusznie podniósł, że zamawiający nie wyjaśnił co w procedurach przedstawionych przez odwołującego II konkretnie budzi jego wątpliwości. Z drugiej jednak strony, odwołujący II, mimo że taki zarzut został postawiony w odwołaniu, to nie wskazał, w których konkretnie fragmentach załączonych przez siebie dokumentów opisujących wewnętrzne środki ochrony, znajdują się konkretne zasady zabezpieczenia konkretnych dokumentów. Takie

wskazanie przez odwołującego II, jako twierdzącego, że opisane w dokumentach wewnętrzne środki ochrony prawnej rzeczywiście zabezpieczają konkretne dokumenty, byłoby zasadne. Tego odwołujący II jednak nie uczynił.

Zgodzić należało się natomiast z odwołującym II w tym, że zamawiający nie uzasadnił w ogóle powodów, dla których odtajnia załącznik nr 4 oraz załączniki nr 10 i 11 do wyjaśnień odwołującego II. Załączniki te opisywały procedury wewnętrzne odwołującego II (w tym zabezpieczenia o charakterze technicznym) mające na celu zachowanie w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomimo sformułowania w tym zakresie zarzutów w odwołaniu, zamawiający do tej kwestii nie odniósł się także nawet w odpowiedzi na odwołanie.

Podkreślenia wymagało w tym miejscu, że Pzp nie wskazuje w ogóle na obowiązek uzasadnienia przez zamawiającego czynności odtajnienia części oferty czy wyjaśnień, w przeciwieństwie choćby do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (por. art. 253 ust. 1 Pzp) czy czynności unieważnienia postępowania (art. 260 ust. 1 ustawy Pzp). Z drugiej jednak strony – w przypadku tego rodzaju doniosłej dla wykonawców czynności jaką jest odtajnienie dokumentów - praktykę uzasadnienia takiej czynności można próbować wywodzić z zasady przejrzystości (art. 16 Pzp) i pisemności postępowania (art. 20 Pzp). Zamawiający powinien zatem podać wykonawcy choćby skrótowo powody odtajnienia, czego jednak nie uczynił.

Przy wyrokowaniu izba nie wzięła pod uwagę złożonej przez odwołującego II w charakterze dowodu korespondencji mailowej z 26 czerwca 2025 r., prowadzonej z jednym z podwykonawców z branży SRK, którego oferta została utajniona w załączniku nr 3a do wyjaśnień ceny odwołującego II. Dowód ten został złożony na okoliczność wykazania, że podwykonawca nie zgadza się na odtajnienie swej oferty. Takie działanie odwołującego II należało uznać za spóźnione. Zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp wykazanie powodów utajnienia zastrzeganych informacji powinno nastąpić w momencie przekazywania zastrzeganych informacji, a nie dopiero na etapie postępowania odwoławczego przed izbą.

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.

Kierując się powyższymi rozważaniami izba stwierdziła, że odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 nie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenia izby, o których mowa w pkt 1 i 3 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenia izby zawarte w pkt 2 i 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły 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 1 i 3 sentencji) i formalnym (pkt 2 i 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni 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 analizowanych sprawach nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem obu odwołań.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 3 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.)”* J.J., *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w:*

D.W., J.J., S.M.. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Na koszty postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2178/25 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego I w kwocie 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów i rachunków złożonych do akt sprawy.

Na koszty postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2183/25 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego II w kwocie 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, oraz koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa w wysokości 17 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów i rachunków złożonych do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 11 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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:.....