

**WYROK**

Warszawa, dnia 4 lipca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 27 czerwca 2025 r. i w dniu 1 lipca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2025 r. przez wykonawcę CZEŚTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą

w Częstochowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy z siedzibą w Otwocku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku określonego w rozdziale II pkt 6 ppkt 3 lit. a i b specyfikacji warunków zamówienia w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: uznanie za bezskuteczne dokonane przez wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę wraz z załącznikami oraz ich udostępnienie odwołującemu;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę CZEŚTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy CZEŚTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

**Uzasadnienie**

Mazowieckie Centrum Leczenia Chorób Płuc i Gruźlicy z siedzibą w Otwocku (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja, przebudowa i adaptacja infrastruktury szpitalnej wraz z zakupem wyposażenia w celu poprawy efektywności, jakości i dostępności do szybkiej diagnostyki i leczenia onkologicznego w MCLChPiG w Otwocku”; znak sprawy 7/PN/2025 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 marca 2025 r. pod numerem Dz.U. S: 59/2025 nr 189795-2025.

W dniu 19 maja 2025 r. zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „ZAB-BUD” lub „przystępujący”). Jednocześnie zaniechał udostępnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych w postępowaniu przez wykonawcę ZAB-BUD pomimo, że odwołujący z takim wnioskiem zwracał się do zamawiającego.

W dniu 29 maja 2025 r. przez wykonawcę CZEŚTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie.

Odwołaniem objęto czynność wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ZAB-BUD, która to czynność w ocenie odwołującego została dokonana z naruszeniem art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający prowadził postępowanie i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:

1.art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu przez wykonawcę ZAB-BUD wraz z załącznikami mimo, że utajnienie dokonane przez wykonawcę jest niezgodne z przepisami prawa, bowiem wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje wypełniają przesłanki objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa;

ewentualnie - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej:

2.art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia ZAB-BUD w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego wykonawcę nie jest możliwe, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

3.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZAB-BUD mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku określonego w rozdziale II pkt 6 ppkt 3 lit. a i b specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 25.000.000 zł. oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości co najmniej 25.000.000 zł.

Odwołujący, zarzucając powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert - i w ramach tej czynności:

1.zarzuty nr 1 - odtajnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawcę

ZAB-BUD wraz z załącznikami i ujawnienie tych dokumentów odwołującemu nie później niż w terminie 7 dni od dnia wydania wyroku;

2.zarzuty nr 2 (zarzuty ewentualny) - odrzucenie oferty wykonawcy ZAB-BUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

3.zarzuty nr 3 - odrzucenie oferty wykonawcy ZAB-BUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie wezwanie wykonawcy do wykazania spełnienia ww. warunków.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 24 czerwca 2025 r. oświadczając, że uwzględni przedmiotowe odwołanie w całości.

Wykonawca ZAB-BUD, działając na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Odwołujący w piśmie z 27 czerwca 2025 r. oświadczył, iż cofa odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w pkt 3 odwołania tj. w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZAB-BUD pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku określonego w rozdziale II pkt 6 ppkt 3 lit. a i b SWZ w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej oraz ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

W związku ze stanowiskiem przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie w zakresie, który został przez odwołującego podtrzymany.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, a także po wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie a jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert. Uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu zapoznanie się z informacjami, które zostały zastrzeżone przez przystępującego jako tajemnica jego przedsiębiorstwa i ewentualnie zakwestionowanie oferty plasującej się na pierwszym miejscu i tym samym otworzy drogę do uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez ZAB-BUD jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący miałby szansę zapoznać się z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, wskazać na ewentualne przesłanki do odrzucenia oferty tego wykonawcy, a w rezultacie otworzyłoby mu to drogę do uzyskania zamówienia, zawarcia umowy i osiągnięcia zysku z tytułu jego realizacji. Z kolei potwierdzenie się drugiego z zarzutów spowoduje odrzucenie oferty wykonawcy ZAB-BUD, co również otworzy odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, uzupełnionej przez zamawiającego po otwarciu posiedzenia (wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, objęte przez wykonawcę ZAB-BUD tajemnicą jego przedsiębiorstwa).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest modernizacja, przebudowa i adaptacja infrastruktury szpitalnej wraz z zakupem wyposażenia w celu poprawy efektywności, jakości i dostępności do szybkiej diagnostyki i leczenia onkologicznego w MCLChPiG w Otwocku: (1) Roboty budowlano-montażowe w Pawilonie A; (2) Modernizacja części wspólnych (w tym wymiana windy); (3) Remont fundamentów, elewacji i dachu w Pawilonie A; (4) Uporządkowanie terenu po zakończeniu inwestycji, miejsca parkingowe dla osób niepełnosprawnych.

W wyznaczonym terminie w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta odwołującego i przystępującego.

Zamawiający, w ramach badania i oceny ofert stwierdził, że w postępowaniu zaistniały podstawy do badania w zakresie rażąco niskiej ceny, w konsekwencji wykonawca ZAB-BUD został wezwany do wyjaśnień w tym zakresie pismem z 7 maja 2025 r. Zamawiający zauważył, że oferta przystępującego jest o 43,73% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz o 34,54% od wartości szacunkowej zamówienia.

ZAB-BUD złożył przedmiotowe wyjaśnienia w dniu 14 maja 2025 r., dzieląc je na część I (część jawna) oraz część II (tajemnica przedsiębiorstwa). Zastrzegając tą część wyjaśnień, wraz z załącznikami dołączonymi do pisma, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazał następującą argumentację.

W pierwszej kolejności stwierdził, że wyżej wymienione zastrzeżone dokumenty zawierają następujące informacje: (i) indywidualną kalkulację zaoferowanej ceny, (ii) metody kalkulacji stosowane przez wykonawcę i dane cenotwórcze dostępne wykonawcy,

(iii) oferowany sposób wykonania zamówienia właściwy dla wykonawcy i dostępny wykonawcy, (iv) informacje o partnerach biznesowych i kontrahentach wykonawcy oraz

o warunkach współpracy dostępnych wykonawcy, (v) informacje o wewnętrznej strukturze i organizacji właściwej wykonawcy.

Dalej argumentował: Odnosząc te informacje do kategorii ustawowych należy wskazać, że są to informacje o różnym charakterze, w tym informacje technologiczne, organizacyjne

i handlowe. Wszystkie one mają dla wykonawcy wartość gospodarczą i jako takie są przez wykonawcę szczególnie 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 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm., dalej: „ustawa ZNK”) i w związku z powyższym wykonawca wnosi

o nieujawnianie ww. informacji i dokumentów złożonych na wezwanie, a tyjących zagadnień poruszanych w tymże dokumencie. 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 cenowe częściowo,

a mianowicie tylko w takim zakresie, w jakim uzasadniają to przepisy prawa. Celem dokonanego zastrzeżenia jest tylko i

wyłącznie ochrona słusznego interesu wykonawcy, jakim jest zachowanie konkurencyjności na rynku i wartości firmy.

Nie ma żadnych wątpliwości, że informację można uznać za chronioną na podstawie przepisów ustawy ZNK wówczas, jeśli jest ona poufna. Jest to warunek konieczny dla skutecznego zastrzeżenia jej na podstawie art. 11 ust. 2 ustawy ZNK. W konsekwencji, można powiedzieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi poufna informacja posiadająca wartość gospodarczą, a w szczególności zaś informacja o charakterze technicznym, technologicznym lub organizacyjnym. Wobec powyższego należy więc stwierdzić, iż na gruncie obecnie obowiązującego art. 11 ustawy ZNK ochronie podlega każda informacja bez względu na jej charakter, zaś w szczególności dotyczy to informacji handlowych, technicznych, technologicznych lub organizacyjnych. Taką tezę potwierdza również uzasadnienie noweli ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 5 lipca 2002 roku, w którym czytamy, że: "W przepisach tych rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu utrzymania tych informacji w tajemnicy". Obecnie ochronie podlega więc m.in. informacja technologiczna (np. sposoby produkcji, system sprawdzania jakości), informacja techniczna (np. projekty nieopatentowanych rozwiązań technicznych, modele rozwiązań technicznych, dane techniczne), informacja handlowa (np. porozumienia, korespondencja z kontrahentami dotycząca umów, listy dostawców, klientów, podwykonawców) informacja organizacyjna (np. zasady organizacji i zarządzania, procedury wewnętrzne, prognozy sprzedaży, system dystrybucji, wynagrodzenia wypłacane pracownikom). Należy więc stwierdzić, iż pojęcie "tajemnica przedsiębiorstwa" obejmuje szeroki katalog informacji o różnicowanym charakterze.

W orzecznictwie KIO oraz judykaturze powszechnie akceptowany jest pogląd o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Tytułem przykładu wykonawca wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2013 r. w sprawie KIO 908/13; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 330/20.

W związku z obowiązkami wynikającymi z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca przedstawia następujące uzasadnienie, w celu wykazania wartości gospodarczej informacji stanowiących wyjaśnienia cenowe, podjętych działań w celu utrzymania zastrzeżonych informacji w poufności oraz dowody obrazujące te starania. W tym miejscu wykonawca zaznacza, że uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało sformułowana tak, by umożliwić zamawiającemu weryfikację prawidłowości zastrzeżenia danych informacji, w tym również konkurentom, a jednocześnie by nie ujawnić informacji faktycznie zastrzeganych. W przypadku większej szczegółowości taka ochrona, nawet przy uznaniu prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego, byłaby iluzoryczna.

Wykonawca podkreślił, że sposób kalkulacji ceny oferty jest jednym z podstawowych elementów konkurencji, również wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia publiczne, wobec których stosowane są rygory oznaczone ustawą Prawo zamówień publicznych i jako taki wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej oferty,

a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsiębiorstwa, którą jest jego marka. 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 zamówienia na roboty budowlane stosuje podobne metody działania, które dostosowuje tylko do danego przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie wypracowuje nowych metod, nowych rozwiązań każdorazowo na potrzeby danego zamówienia, również sposób budowania ceny oferty stanowi względnie trwały element stosowanej u wykonawcy polityki cenowej. Względnie trwały element działalności wykonawcy stanowi również krąg partnerów biznesowych. W słusznym interesie wykonawcy leży zatem, by to doświadczenie oraz wynikające z niego metody działania, w tym sposób kalkulowania ceny oferty, nie był powszechnie znany rynkowi,

w szczególności nie był znany konkurentom. Taka wiedza o trwałych elementach przedsiębiorstwa niewątpliwie zasługuje na ochronę w świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp.

W postępowaniach prowadzonych w celu udzielenie tego typu zamówień jest duża konkurencja ze strony stałej grupy wykonawców. Pozyskanie informacji w jednym przetargu może przesądzić o porażce wykonawcy i 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.

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 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnienia oraz dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny / kosztów / istotnych części składowych oferty. Zamawiający wymaga zatem od wykonawcy przekazania konkretnych i szczegółowych informacji dotyczących nie tylko samej kalkulacji (wyliczenia) wynagrodzenia przyjętego

do oferty, ale również wskazania okoliczności, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie cen na danym poziomie, a więc przyjętych do oferty założeń i rozwiązań w zakresie sposobu organizowania przez niego procesu budowy, stosowanych rozwiązań technologicznych, organizacji materiałów, kadry, podwykonawców. Wykonawca wskazuje, że kwestie te nie zostały opisane i sprecyzowane szczegółowo i konkretnie przez zamawiającego. Wezwanie zatem zmierzało do weryfikacji ceny oferty poprzez weryfikację sposobu jej ustalenia, a zatem pozyskania know-how wykonawcy w zakresie szacowania danego rodzaju zamówień i innych danych właściwych, dostępnych tylko wykonawcy. Co więcej, zamawiający w wystosowanym wezwaniu domaga się udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za wykonanie całości zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, w konsekwencji zatem domaga się informacji na temat wszystkich kosztów uwzględnionych przez wykonawcę w zaoferowanej cenie.

Wykonawca podkreślił, 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 taki 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 podstawowym i najważniejszym elementem wypracowywania przewagi konkurencyjnej w przedmiotowym przetargu, ponieważ kryterium ceny stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W przedmiotowym przetargu zamawiający dostarczył wykonawcom gotowe: Projekt budowlany, Projekty wykonawcze, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót, na podstawie których należy zrealizować przedmiotową inwestycję. Powyższe nie oznacza jednak braku jakiegokolwiek swobody wykonawcy i możliwości wykorzystania niejawnego know-how do obliczenia ceny oferty.

Dalej, odnosząc się do wartości gospodarczej wyjaśnień, wykonawca po pierwsze podnosił, że wartość tę posiadają zarówno wyjaśnienia jako całość, jak również załączone

do wyjaśnień poszczególne dowody. Informacje podane w wyjaśnieniach, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy pozwalające zaoferować zamawiającemu ofertę najkorzystniejszą. Złożone wyjaśnienia, dowody oraz 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 zamówienia na roboty budowlane, natomiast posługuje się wypracowanymi schematami, efektywnymi rozwiązaniami, które odpowiednio dobiera

na potrzeby danego zamówienia. Z informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny konkurencja jest w stanie ten know-how odtworzyć, a następnie się nim posługiwać przy zdobyciu przewagi na rynku. Wykonawca natomiast musiałby zmienić swoją strategię wypracowywaną latami i przeorganizować swoją działalność.

Wartość trwałego elementu przedsiębiorstwa niewątpliwie 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. Wyjaśnienia stanowią zatem pakiet praktycznych informacji jak konkuruje wykonawca. Jest to wiedza strategiczna wykonawcy. Udostępnienie tej strategicznej wiedzy konkurencji

czy również innym podmiotom 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 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 na roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych, konkurencja ale również inne podmioty funkcjonujące na rynku: zyskują lepszą wiedzę o konkurencie, o jego działalności, potencjale, preferowanych rozwiązaniach, przy czym wiedza ta nie jest konkurentom potrzebna do korzystania ze środków ochrony prawnej w danym przetargu; mogą kopiować rozwiązania w celu zaoszczędzenia kosztów i zwiększyć swoją konkurencyjność, w tym skuteczniej rywalizować o zamówienia publiczne, budować własną markę; mogą wykorzystywać tę wiedzę w celu zdobycia przewagi, czy nawet wyeliminowania z rynku wykonawcy; 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 wykonawcę 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 dostosowania 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, a w szczególności na rynku właściwym. Zwiększenie konkurencji poprzez wykorzystanie doświadczeń wykonawcy wyrządza mu szkodę, w związku z tym, że poniósł on wymierne i niewymierne koszty zdobycia doświadczenia i know - how.

W słusznym interesie wykonawcy leży zatem to, aby konkurenci kosztem wykonawcy nie zwiększali wartości własnych firm, nie wzmacniali swojej pozycji na rynku. Tym samym, aby nie wiedzieli o sposobach wykonawcy w zakresie optymalizacji procesu budowy, o wiarygodnych kontrahentach 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. W tym miejscu podkreślił, że ten słuszny interes wykonawcy wyraża się w zapobieżeniu ewentualnej szkodzie, jaka może wykonawcy zostać wyrządzona przez to, że konkurenci posiadają te informacje.

Szkoda ta nie jest przez wykonawcę zatem traktowana jako ewentualny brak udzielenia zamówienia w postępowaniu, 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 wyjaśnień, 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 na roboty budowlane konkurują głównie ceną, nieraz wyłącznie ceną. Optymalizacja rozwiązań powoduje zmniejszenie kosztów i możliwość zaoferowania najkorzystniejszej ceny i wygrania przetargu. Po drugie, na wartość wyjaśnień cenowych wskazuje praktyka rynku, tj. to, że wykonawcy tego rodzaju informacje zastrzegają jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po trzecie, na wartość gospodarczą wyjaśnień cenowych wskazuje również liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jako na ten rodzaj informacji, które są z istoty swej danymi wrażliwymi.

Wykonawca podnosił, 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 i równą dla wszystkich. Wykonawcy takie wyjaśnienia również 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.

W zakresie wartości gospodarczej poszczególnych dokumentów ZAB-BUD, odnosząc się do przekazanej kalkulacji ceny ofertowej, wskazał w pierwszej kolejności, że przekazał zamawiającemu kalkulację własną - kosztorys wynagrodzenia przyjętego do oferty. Zamawiający, przyjmując wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu przepisu art. 632 Kodeksu cywilnego dla wykonawcy przedmiotowych robót, w niewielkim tylko zakresie określił sposób jego ustalenia. W przeważającej mierze pozostawione to zostało decyzji wykonawcy. Cena oferty została wyliczona zatem przez wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji w oparciu o warunki zamówienia, w tym Projekt budowlany, Projekty wykonawcze, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiary robót, przekazane wykonawcom przez zamawiającego w celu realizacji przedmiotu Umowy. Sposób zatem skalkulowania ceny oferty zaprezentowany w złożonym dokumencie stanowi autorską kalkulację samego wykonawcy. Nie sposób zatem uznać przekazanej kalkulacji za jedynie „wyliczenie”,

ponieważ wynika ona z podjętych przez wykonawcę działań, przyjętej technologii, nakładów pracy, doświadczenia, analiz i innych czynników sumujących się na całość, której również przez wzgląd na indywidualny charakter, przyznać należy ochronę jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. 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 z kwestii, które pozostają poza regulacją zamawiającego i zostały pozostawione 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, narusza interes wykonawcy, w ten sposób, że może narazić wykonawcę na szkodę i zagrozić pozycji rynkowej wykonawcy, w tym uniemożliwić skuteczne konkurencyjne 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 wykonawcy 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 ceny ofertowej oraz 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 przedstawionej kalkulacji należy oceniać łącznie z pozostałymi przekazanymi przez wykonawcę danymi w ramach składanych wyjaśnień cenowych. Nie tylko informacja, za jaką cenę jednostkową i w jaki sposób można wykonać dany zakres, lecz również okoliczność, że ten zakres również należy uwzględnić, również stanowi cenny know-how, który stanowi wartość gospodarczą przedsiębiorstwa. Tym samym, metodologia przyjętej kalkulacji, oparta na założeniach wynikających z know-how wykonawcy, stanowi istotną wartość przedsiębiorstwa wykonawcy, prawnie chronioną jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Na podstawie przekazanych szczegółowych wyjaśnień i dowodów dotyczących sprzętu, materiałów i kadry, w tym kosztów pracy, 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 należy wskazać, że chociaż sytuacja wykonawcy - spółki z o.o. jest częściowo znana rynkowi i innym podmiotom chociażby z uwagi na dokumenty, które spółka każdego roku jest obowiązana składać do Krajowego Rejestru Sądowego, to jednak informacji przekazanych zamawiającemu w tym postępowaniu nie ma w aktach rejestrowych. Nie znajdziemy tam informacji organizacyjnych - informacji dotyczących sprzętu, kadry, czy wynagrodzeń na takim poziomie szczegółowości jak w przedmiotowych wyjaśnieniach.

Wiedza o partnerach biznesowych wykonawcy, w tym podwykonawcach, dostawcach, kontrahentach, dostarcza informacji jak efektywnie organizować proces budowy, którzy podwykonawcy i dostawcy są uznani na rynku przez danego wykonawcę i z którymi warto wejść we współpracę i na jakich zasadach. Wiedza o kontrahentach wykonawcy dostarcza informacji na temat wiarygodnych i sprawdzonych firm, z którymi wykonawca z powodzeniem realizuje tego rodzaju zamówienia. Wiedza o warunkach tej współpracy dostarcza informacji

o możliwych optymalizacjach kosztów przyjętych do kalkulacji ceny zamówienia. W tym również kontekście należy wskazać, że ceny materiałów dynamicznie się zmieniają, zatem informacja o aktualnie dostępnych dla wykonawcy cenach jest informacją newralgiczną, gdyż może służyć jako argument nacisku ze strony konkurencji na dostawców lub jako informacja dla oszacowania ryzyka w zakresie tego jaką ofertę może wykonawca skalkulować

w następnych przetargach.

Jednocześnie, faktem notoryjnym jest, że głównym zasobem przedsiębiorcy, działającego w sektorze robót budowlanych, jest przede wszystkim potencjał kontraktowy, dzięki któremu realizowane są złożone i często specjalistyczne roboty budowlane na rzecz Inwestorów. Bez właściwego, tj. odpowiednio dobranego, przeszkolonego i doświadczonego zespołu kontrahentów, przedsiębiorca, działający na rynku robót budowlanych, nie jest wiarygodny, a przez to nie ma na tym rynku racji bytu. W istocie więc potencjał kontraktowy często decyduje o wartości przedsiębiorcy oraz o jego randze na rynku. Z tej przyczyny wykonawca chroni informacje, które mogą decydować nie tylko o jego przewadze konkurencyjnej na rynku, ale nawet w ogóle o możliwości funkcjonowania na nim. Wykonawca zwraca uwagę, iż ujawnienie ww. informacji dawałoby możliwość przejmowania przez podmioty konkurencyjne kontaktów biznesowych, z którymi wykonawca współpracuje,

co doprowadziłoby wykonawcę do znacznych strat, bowiem uniemożliwiłoby wykonawcy nawet ubieganie się o wiele zamówień, z uwagi na brak możliwości organizacyjnych, które pozwalają na terminową realizację zamówienia np. lokalnymi kontrahentami (dostawcami, podwykonawcami). Ujawnienie informacji na temat partnerów biznesowych oraz warunków współpracy może zostać wykorzystane przez konkurentów do wzmocnienia własnej pozycji negocjacyjnej, tj. wynegocjowania korzystniejszych warunków współpracy dla siebie. Współpraca z odpowiednimi kontrahentami oraz potencjał negocjacyjny wykonawcy, możliwość uzyskania korzystnych warunków współpracy umożliwia optymalizację kosztów

i niższą cenę oferty, co przesądza o wartości gospodarczej tego rodzaju informacji.

Wraz z wyjaśnieniami wykonawca przekazał dowody w zakresie przyjętych do oferty kosztów materiałów oraz kosztów pracy. Nie są to informacje dostępne w zwykły sposób. Ceny jednostkowe materiałów zostały ustalone na podstawie dostępnych wykonawcy ofert (indywidualne oferty), 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 współpracowników, o sposobach zawierania umów

z pracownikami i współpracownikami oraz o podjętych działaniach organizacyjnych mających na celu stabilność zatrudnienia. Każde przedsiębiorstwo ma inną politykę, więc udostępnienie takich informacji przez zamawiającego konkurencji w sposób oczywisty wyrządziłoby 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.

Załączone do wyjaśnień ceny dowody niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą dla wykonawcy, ponieważ dotyczą szczegółowych okoliczności związanych ze współpracą

z działającymi na rynku profesjonalnymi podmiotami, które są w stanie umożliwić realizację zamówienia dla zamawiającego. Opisane w dowodach okoliczności potwierdzają,

że współpraca z ww. podmiotami stanowi o istotnej przewadze konkurencyjnej wykonawcy oraz wyjaśniają istotne dla tej przewagi czynniki. W konsekwencji, wartość gospodarcza takich informacji przejawia się w tym, że ich ujawnienie może mieć negatywny wpływ na sytuację kontraktową wykonawcy oraz prowadzone rozmowy handlowe, a w konsekwencji może narazić wykonawcę na poniesienie szkody. Ponadto, zasady współpracy z ww. podmiotami zobowiązują wykonawcę do zachowania poufności i nieujawniania żadnych informacji związanych z konkretnymi warunkami tej współpracy. Dowody te zawierają informacje, które stanowiły podstawę do metodologii kalkulacji ceny ofertowej oraz przyjęcia właściwych założeń. Dokumenty te zostały wypracowane w toku współpracy z podmiotami, które zobowiązały wykonawcę do zachowania poufności i nieujawniania żadnych informacji związanych z konkretnymi warunkami tej współpracy. Wykonawca podkreśla, że wskazane dokumenty zawierają w całości informacje wrażliwe z punktu widzenia ochrony jego interesów, ponieważ dotyczą informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym i handlowym, które stanowią cenne know-how wykonawcy dotyczące szczegółowego sposobu działania oraz organizacji, kontrahentów oraz źródeł zaopatrzenia, a ponadto odznaczają się realną wartością gospodarczą, szczególnie na rynku właściwym, na którym działa wykonawca, a który cechuje znacząca konkurencyjność. Są tym samym cennym know-how wykonawcy, który decyduje

o przewadze konkurencyjnej, a tym samym nie powinny zostać ujawnione do publicznej wiadomości. Właśnie ten zbiór cennych informacji, jako całość, stanowi o przewadze konkurencyjnej wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami rynku.

Z tych wszystkich względów, przedstawione w wyjaśnieniach cenowych informacje niewątpliwie można zaliczyć do objętych treścią przepisu art. 11 ust. 2 ustawy ZNK informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą dla wykonawcy. ZAB-BUD przywołał w tym miejscu orzeczenie Sądu Najwyższego z 7 marca 2003 roku (I CKN 89/01) wskazując,

że ponieważ informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach nie były udostępniane szerszemu kręgowi osób, dlatego zasadne jest zastrzeżenie wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej ZAB-BUD zauważył, 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 uzasadnia 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014, V CSK 176/13; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.02.2007 r. sygn. akt V CSK 444/06).

ZAB-BUD opisał także jakie działania podjął w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. 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. Wykonawca stosuje następujące procedury bezpieczeństwa.

Mówiąc o działaniach o charakterze informatycznym i fizycznym wskazał na wprowadzone przez wykonawcę wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również zabezpieczenia serwerów oraz sieci LAN przed nieuprawnionym pozyskaniem danych, instalacji systemów typu firewall, stosowaniu oprogramowania antywirusowego na służbowych urządzeniach elektronicznych, zasadach zmiany haseł i przyznawania dostępu do informacji, polityce backupowej, itp., a także zasadach dostępu i ochrony fizycznej biur wykonawcy. W tym kontekście podkreślał, że z uwagi na szczególny charakter postępowania, dostęp do informacji zastrzeżonych wykonawcy miała bardzo ograniczona grupa osób odpowiedzialnych za kalkulację ceny oferty i zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze. Nawet pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy nie posiadali dostępu do tych informacji. Nie było też możliwe uzyskanie wglądu do informacji, o których mowa, przez jakąkolwiek nieuprawnioną do tego osobę. Wdrożeniu zintegrowanego systemu zarządzania i obiegu dokumentów, dzięki któremu pracownicy uzyskują dostęp wyłącznie do tych informacji, które są im niezbędne do wykonywania obowiązków pracowniczych (dowód: oświadczenie wiedzy o infrastrukturze funkcjonującej u wykonawcy).

Wykonawca podnosił, że podejmując działania zmierzające do zachowania poufności ww. dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zapewnił wskazane poniżej środki techniczne, organizacyjne oraz rozwiązania systemowe polegające na: organizacji pracy zespołów projektowych/przetargowych w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji o nowych projektach, zawieraniu z pracownikami, w szczególności mającymi dostęp do informacji technicznych i technologicznych, umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności, braku praktyk studenckich celem ograniczenia ilości osób niepowołanych, mających wstęp do siedziby firmy i ewentualny dostęp do danych technicznych i technologicznych, zaniechaniu publikacji danych dotyczących nowych produktów w pismach branżowych bądź ograniczaniu ich treści do informacji, których publikacja nie naraża wykonawcy na szkodę, zastrzeganiu informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku

z tym nie podlegających ujawnieniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawca składa wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź oferty.

Wykonawca, w celu zabezpieczenia poufności posiadanych informacji, stosuje także środki prawne, które obejmują m.in. poinformowanie pracowników i współpracowników

o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, oświadczenia (zobowiązania) podpisywane przez pracowników i współpracowników. Pracownicy mający dostęp

do zastrzeżonych informacji mają prawny obowiązek stosowania procedur bezpieczeństwa.

Z kolei współpracownicy zobowiązują się do zachowania w całkowitej poufności udostępnioną przez wykonawcę 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. Stąd też ujawnienie tych informacji wiązałoby się z wymiernymi trudnościami oraz konsekwencjami nie tylko finansowymi, ale również prawnymi dla tych osób.

Dysponenci 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 zastrzeganych informacji, w toku przygotowania lub wyjaśniania oferty; deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania lub wyjaśniania oferty). Jednocześnie pojęcie informacji poufnych jest rozumiane u wykonawcy bardzo szeroko, jako wszelkie informacje pozyskane przez wykonawcę lub dostarczone lub ujawnione wykonawcy lub jego partnerom, pracownikom, współpracownikom, podwykonawcom przez kontrahenta przed lub po złożeniu oświadczenia o zachowaniu poufności na piśmie lub ustnie, bądź w jakiegokolwiek innej formie, w tym informacje uzyskane w rozmowach z przedstawicielami kontrahenta, doradcami, pracownikami lub podmiotami zależnymi od kontrahenta, jak również w szczególności informacje dotyczące stosowanych przez kontrahenta w działalności gospodarczej praktyk i metod, dotyczące klientów, dostawców, cen i strategii cenowych, produktów, planu rozwoju produktów, strategii marketingowych, umów zawieranych z osobami trzecimi oraz wszelkie inne informacje, które kontrahent uznaje za poufne, bądź nie są dostępne publicznie.

Odnosnie wartości gospodarczej dowodów poufności, wykonawca podniósł, 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 wskazał, 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.

Z uwagi zaś na fakt, że to informacja jest najpotężniejszym narzędziem zmian gospodarczych, wykonawca podjął działania mające na celu zabezpieczenie tych procedur przed dostępem osób (w szczególności konkurencji), które mogłyby bez kosztów, bez zdobywania własnego doświadczenia, wdrożyć skuteczny program ochrony informacji we własnych przedsiębiorstwach. Uzasadniając zasadność powyższego twierdzenia, cofnąć się należy do źródła - do olbrzymiej wartości informacji.

Zastrzegając kompleksowy program ochrony informacji niejawnych jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca miał na względzie, że tajemnica, podobnie jak nazwa (firma) przedsiębiorstwa, jest prawem o charakterze osobisto-majątkowym. Prawo do tajemnicy przedsiębiorcy jest bowiem związane zarówno z osobą przedsiębiorcy, jak i z przedsiębiorstwem. Punktem odniesienia tajemnicy jest w istocie przedsiębiorca, który tę tajemnicę ustanawia. Jednocześnie jest ona składnikiem przedsiębiorstwa, najczęściej o znacznej wartości, i może być przedmiotem obrotu. Naruszenie prawa do tajemnicy przedsiębiorstwa może być uznane za naruszenie prywatności przedsiębiorcy i podlegać ochronie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego o ochronie dóbr osobistych (łącznie z możliwością domagania się zadośćuczynienia pieniężnego), a także może powodować odpowiedzialność cywilną (i karną) określoną w przepisach ustawy ZNK. Odpowiedzialność za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa uregulowana została także w Kodeksie spółek handlowych.

ZAB-BUD opisał w dalszej części odpowiedzialność ponoszoną na podstawie Kodeksu cywilnego wskazując, że zobowiązał swoich pracowników, w szczególności pion menadżerski, do aktywnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. Dopiero więc właściwa identyfikacja tajemnicy - czyli uwzględnienie w niej również wartości gospodarczej, jaką posiadają informacje zawarte w kompleksowym programie ochrony informacji - i właściwy dobór działań ochronnych, skutkuje uchYLENIEM się od tej odpowiedzialności.

Wskazał też na odpowiedzialność na podstawie przepisów Kodeksu spółek handlowych argumentując, że aktywność wykonawcy w zakresie skutecznej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika wyłącznie z chęci utrzymania w poufności informacji, które mają wartość gospodarczą i zwiększają szanse wykonawcy na odnośnym rynku w walce konkurencyjnej z innymi podmiotami świadczącymi usługi na rynku właściwym; działania te wynikają

również z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, które zobowiązują zarząd ZAB-BUD Sp. z o.o. do podjęcia działań w tym zakresie.

Odnośnie listy osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania lub wyjaśniania oferty wykonawca wskazał, 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. Po drugie, wiedza odnośnie osób przygotowujących pod względem merytorycznym ofertę pozostaje bez znaczenia dla korzystania ze środków ochrony prawnej przez konkurencję.

Po trzecie, wykonawca chroni dane osobowe swoich pracowników i współpracowników. 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, stwierdził, 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 się 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 wykorzystania w ramach potrzeby do pozyskania niezbędnego pracownika czy współpracownika. Konkurenci dysponując listą osób wykonawcy, szybko i bezkosztowo zyskują konkretne dane - odnośnie doświadczonych w branży kosztorysantów, z którymi warto podjąć współpracę, odnośnie doświadczonych w branży kierowników robót z którymi warto podjąć współpracę, odnośnie doświadczonych administratorów i prawników z którymi warto podjąć współpracę, które to dane mogą następnie wykorzystać do pozyskania danej osoby do współpracy.

Do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy zostały dołączone dowody, jak w treści pisma, które to również zostały w części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.

W dniu 19 maja 2025 roku zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD, jako najkorzystniejszej.

Odwolujący nie zgadzając się z powyższym, złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2025 r.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z 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.

Z kolei art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Ponadto wskazać należy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do

korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślano, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad, obowiązujących w systemie zamówień publicznych, 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 tejże ustawy. Wyjątki od zasady jawności określa art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ponadto wskazać należy, że ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek wykazania spełnienia przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, w toku badania ofert, zamawiający jest zobowiązany do dokonania analizy, czy wykonawca prawidłowo zastosował tą instytucję. Mając na uwadze treść normy prawnej art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca, przekazując zamawiającemu określone informacje, powinien jednoznacznie wskazać, które informacje utajnia, powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie jest zobligowany

do wykazania, że zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 UZNK.

Co istotne, nie jest przy tym wystarczające samo powołanie się na spełnienie tych przesłanek, ale konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji.

Ustawodawca nałożył zatem na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, nie jest wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma wartość gospodarczą, wykonawca zobligowany jest do wykazania, że ta informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla niego właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Przy czym jeśli mowa jest

o wykazaniu, to nie chodzi tu o ogólne uzasadnienie, ale przedstawienie wyczerpującej

i pełnej argumentacji, która pozwoli uznać, że określone dane z jakiejś przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności. Powyższe wynika z ugruntowanego już orzecznictwa KIO, tak np. w wyroku z dnia 17 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3762/21 Izba stwierdziła, że: „obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ZNKU lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługującą na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczenia informacji

w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia (...) dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystane przez inne podmiotu na rynku, w innych postępowaniach". Podobnie wskazano m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy

i Zamówień Publicznych, sygn. akt XXIII Zs 87/21, „Termin „wykazanie” oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego o spełnieniu przez zastrzeżone przez niego informacje warunków utajnienia.” Podobnie wypowiedział się ww. Sąd m.in. w wyroku z dnia 22 marca 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 9/22, wskazując,

że: „Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg, bo wymóg „wykazania”, co jest niczym innym, jak obowiązkiem udowodnienia. Tym samym, aby zastrzeżone przez wykonawcę informacje mogły zostać nieujawnione, wykonawca musi najpierw „wykazać”, czyli udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziszcili się wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.” (por. także m.in. wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 24 lutego 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 133/21 i z dnia 30 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 69/22).

Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o prowadzonej przez te podmioty działalności. Mieszczą się wśród nich i takie informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z nich stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba doszła do przekonania, że analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, sporządzonego przez wykonawcę ZAB-BUD nie pozwala uznać, że zawarto w jego treści wystarczające argumenty potwierdzające, że zastrzeżonemu dokumentowi pn. „Wyjaśnienia ceny wraz z załącznikami”, załączonym do niego dokumentom i zawartym w nich informacjom, należy przypisać walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pierwszej kolejności należy wskazać, na co wielokrotnie Izba zwracała uwagę w swoich orzeczeniach, że przedmiotem utajnienia może być nie dokument, jako całość, ale konkretna informacja, stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK. Stosownie bowiem do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa przytoczonej powyżej, zawartej w art. 11 ust. 2 UZNK., ustawodawca przewidział możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy konkretnych danych (informacji), nie zaś całych dokumentów. Nie sposób zatem uznać, aby cała treść wyjaśnień złożonych przez przystępującego w toku postępowania miała tą cechę, że kwalifikowała się jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawcy.

Trafnie odwołujący zwraca uwagę, że naganną praktyką jest zastrzeganie przez wykonawców całości dokumentów, wraz z załącznikami w sytuacji, gdy tylko część informacji i danych w nich zawartych, może podlegać ochronie. W istocie wyjaśnienia zawierają szereg informacji, często całe fragmenty opisujące np. doświadczenie nabyte przez wykonawcę, ogólne deklaracje dotyczące np. tego, że wykonawca zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie inaczej jest też w przypadku wyjaśnień składanych przez wykonawcę ZAB-BUD. W tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której utajnione zostały praktycznie całe wyjaśnienia, bowiem część jawna zawiera wyłącznie ogólnikowe informacje, nie stanowiące wyjaśnień ceny oferty. Część ta zawiera w istocie polemikę z zamawiającym, gdyż przystępujący kwestionuje zasadność wezwania, dalej zamieszcza zbiór ogólnych deklaracji co do możliwości wykonania zamówienia za podaną cenę, jak też przytacza szereg orzeczeń, które potwierdzać mają stanowisko ZAB-BUD. Dopiero w części niejawnej, i załączonych do niej dokumentach, znaleźć można zasadnicze informacje, które pozwalają zapoznać się ze sposobem, w jaki przystępujący kalkuluje cenę swojej oferty i ocenić czy wyjaśnienia te są wystarczające aby stwierdzić, że zaoferowana cena jest rynkowa i możliwe jest wykonanie zamówienia za podaną cenę.

W konsekwencji przystępujący zastrzegając, w jednym zbiorczym dokumencie, szereg danych i informacji, które w sposób oczywisty nie będą w całości stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa, przede wszystkim ze względu na to, że nie będą one miały waloru w postaci wartości gospodarczej tych informacji lub w wyniku tego, że część zastrzeżonych informacji, jak choćby wiedza o partnerach i kontrahentach wykonawcy, którzy są ujawniani w innych postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych (np. zgłaszani jako podwykonawcy w ofertach), ale też inne dane są powszechnie dostępne każdemu uczestnikowi rynku.

W przypadku wyjaśnień składanych przez ZAB-BUD, wykonawca ten uznał za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa nawet spis załączników do wyjaśnień, stąd odwołujący nie miał także wiedzy jakie dokumenty ZAB-BUD załączył do części niejawnej, dowiadując się dopiero na rozprawie, że wykonawca ten przedłożył kosztorysy. Nic nie stało na przeszkodzie, aby przystępujący zastrzegł poszczególne informacje, czy nawet pewien określony przez siebie zbiór informacji, które są w jego ocenie szczególnie wrażliwe, jak choćby niektóre wskaźniki cenotwórcze (jeśli uważał, że wiedza o nich może narazić wykonawcę na szkodę), nazwy dostawców i podwykonawców, z którymi ma podpisane umowy o poufności, czy też np. wysokość uzyskanych rabatów, które te podmioty mu oferują.

Zastrzeżenie przez ZAB-BUD całości dokumentu należy uznać za nieuprawnione, naruszające obowiązujące

przepisy ustawy Pzp i UZNK, zaś konsekwencją takiego nieuprawnionego działania musi być decyzja o uznaniu takiego zastrzeżenia za nieskuteczne. Skoro bowiem objęto tajemnicą przedsiębiorstwa całość informacji i danych i nie jest możliwe zidentyfikowanie, które konkretnie informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy miały na myśli stawiając tezy o ich wartości gospodarczej, to objęcie tajemnicą całego dokumentu należy uznać za nieskuteczne. Wykonawca nie segregując tych informacji, nie wskazując jakie to konkretnie dla niego wrażliwe dane stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa - doprowadził do sytuacji, w której obowiązkiem zamawiającego stało się odtajnienie całości złożonych wyjaśnień. Gdyby wykonawca objął tajemnicą jedynie określone fragmenty wyjaśnień czy kalkulacji, zawierające dane w ocenie wykonawcy wrażliwe i wyłącznie dla nich przedstawił konkretne uzasadnienie, czemu nie powinny one podlegać udostępnieniu innym wykonawcom - powyższe pozwoliłoby zamawiającemu na faktyczną weryfikację, czy w odniesieniu do konkretnych informacji wykazano spełnienie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 UZNK.

Odnosząc się następnie do samej treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pn.: „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa załącznik

do wyjaśnień z dnia 12.05.2025 r.” Izba stwierdziła, że wykonawca dużą część tego dokumentu poświęcił na przywołanie przepisów, które w jego ocenie znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie, przywołania poglądów orzecznictwa i doktryny, a także ogólnikowych twierdzeń wskazujących, że dokonane zastrzeżenie związane jest z tym, że informacje zawarte

w niejawnej części wyjaśnień to szczegółowe dane finansowe, opis sposobu kalkulacji ceny oferty, która to cena jest kształtowana przez wykonawcę w oparciu o całokształt doświadczeń zdobytych przez niego w okresie prowadzenia działalności. Te informacje, w jego ocenie, stanowią swoiste know-how wykonawcy w zakresie szacowania danego rodzaju zamówień

i innych danych, właściwych tylko jemu. Wykonawca ZAB-BUD wielokrotnie w treści uzasadnienia podkreśla jaką to kluczową rolę odgrywa nabyte przez niego doświadczenie i jak ono przekłada się na możliwość konkurowania z innymi podmiotami działającymi na rynku, jakie to ryzyka płyną z faktu ujawnienia sposobu kalkulowania ceny oferty w tym postępowaniu, gdyż jak twierdzi konkurenci mogą te dane skopiować i zastosować w swojej działalności.

Izba stwierdza, że argumentacja taka nie zasługuje na uznanie. Należy wskazać, że powyższe twierdzenia są niezwykle ogólnikowe i z całą pewnością mogłyby zostać użyte na potrzeby dowolnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji,

gdy zastrzeżeniu podlegają informacje dotyczące sposobu kalkulowania ceny oferty.

Z pewnością na podstawie tak sporządzonego uzasadnienia nie sposób dojść do przekonania, że całość danych ma taką wartość gospodarczą dla wykonawcy, że powinny podlegać ochronie jako całość. Trudno jest zgodzić się z twierdzeniami o autorskich rozwiązaniach czy kopiowaniu jakichkolwiek rozwiązań w sytuacji, gdy mamy do czynienia z zamówieniem

na roboty budowlane, w którym zarówno elementy ceny, technologia, czy też opis materiałów jakie należy zastosować zostały szczegółowo określone i opisane przez zamawiającego. Nawet jeśli by jednak przyjąć argumentację przystępującego, że dokumentacja pozostawiała pewien margines swobody co do zastosowanych rozwiązań czy przyjętej technologii, to nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca ten zastrzegł te właśnie fragmenty, nie zaś całość kalkulacji, która co nie budzi wątpliwości została przygotowana w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację i przedmiary robót.

Przystępujący wskazuje także, że zastrzeżone wyjaśnienia cenowe mają obiektywną wartość gospodarczą. Uzasadnia, że wykonawcy w przetargach budowlanych konkurują między sobą głównie ceną, stąd optymalizacja rozwiązań powodująca zmniejszenie kosztów

i możliwość obniżenia ceny - dają mu możliwość wygrania postępowań. Podkreśla, jakie

to doniosłe znaczenie ma dla niego zachowanie w poufności informacji w postaci kalkulacji cenowej wskazując na autorski sposób, w jaki kalkuluje cenę oferty. Przy tym przyznaje jednocześnie, że owa kalkulacja opiera się na przekazanych w postępowaniu dokumentach, takich jak projekty budowlane, wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, w końcu też przedmiary. Trudno zatem dopatrzeć się wartości gospodarczej

w kalkulacjach, które stanowią wyłącznie wycenę robót, które zamawiający szczegółowo opisał w SWZ - OPZ i wymienionych dokumentach.

ZAB-BUD twierdzi także, że poznanie tych informacji przez konkurentów może zagrozić jego pozycji na przyszłość. I w tym zakresie jednak nie wykazał w jaki sposób pozyskanie zastrzeżonych informacji i dokumentów pozwoliłoby innym wykonawcom

na uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową, w

szczegółności utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy udział w kolejnych postępowaniach. Przedstawione w utajnionych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dane i kalkulacje zostały przygotowane na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie sposób więc zgodzić się z argumentacją jakoby mogły zostać wykorzystane na potrzeby innych postępowań. W przypadku innych wymagań opisanych przez zamawiających w opisie przedmiotu zamówienia, trudno wyobrazić sobie w jaki sposób konkurencyjny wykonawca mógłby założenia ZAB-BUD wykorzystać w swoich kalkulacjach.

Nie sposób zatem nie dostrzec, że przystępujący sam jest niekonsekwentny w swoich twierdzeniach, z jednej strony przyznając, że przedstawia dane dotyczące sposobu kalkulacji ceny ofertowej, które są przygotowywane na potrzeby tego konkretnego postępowania, a zatem w danych warunkach rynkowych, przy określonym opisie przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś twierdzi, że ujawnienie zasad i sposobu kalkulacji ceny oferty mogłoby konkurującym z nim wykonawcom posłużyć w innych postępowaniach, gdyż ich znajomość pozwoliłaby konkurencji składać tańsze oferty. Powyższa argumentacja jest niespójna i pozbawiona podstaw, nie może zatem stanowić uzasadnienia dla zachowania powyższych danych w poufności. Nie sposób bowiem przyjąć argumentacji, zgodnie z którą dane będące podstawą kalkulacji ceny oferty, które są wykorzystywane przez wykonawcę w tym określonym postępowaniu, mogłyby w jakikolwiek sposób służyć innym podmiotom w przyszłości. Każdy bowiem podmiot kalkuluje cenę swojej oferty przyjmując właściwe jemu koszty stałe, pośrednie, zależnie od wypłacanych wynagrodzeń swoim pracownikom i podmiotom z nim współpracującym. Ponadto sposób kalkulacji ceny zależy w dużej mierze od zakresu zamówienia, warunków które dany wykonawca musi spełnić, ilu pracowników zapewnić i z ilu zewnętrznych podmiotów skorzystać. Tym samym przekładanie okoliczności, które są właściwe dla danego podmiotu, dodatkowo w danym postępowaniu na bliżej nieokreślone zamówienia, które mogą zostać ogłoszone w przyszłości - stanowi raczej wybieg, niż racjonalną argumentację uzasadniającą zastrzeżenie informacji w zakresie sposobu kalkulacji ceny.

Zgodzić się należy z odwołującym, że chęć utajnienia opisywanych informacji i kalkulacji świadczyć może raczej w tym przypadku o tym, że przystępujący zmierza do zachowania w poufności tych informacji, aby inni wykonawcy nie mogli podważać składanych przez niego wyjaśnień i kwestionować ceny oferty poprzez zarzut rażąco niskiej ceny lub też, że np. po zapoznaniu się ze szczegółową kalkulacją podważać zgodność treści oferty z treścią SWZ.

Dodatkowo dostrzec należy, że podejmując próbę wykazania wartości gospodarczej przekazywanych informacji, przystępujący nie wskazał nawet jaką to szkodę może ponieść w związku z ujawnieniem zastrzeżonych informacji. Poprzestał na ogólnych twierdzeniach i obawach, opartych głównie na jego przewidywaniach co do tego, że inni wykonawcy mogą wykorzystać tę wiedzę przy kalkulowaniu ceny ofertowej, nie wiążąc ich nawet z konkretnymi informacjami zawartymi w swoich wyjaśnieniach ceny oferty (nie jest taką konkretną informacją kosztorys ofertowy, który przecież zawiera szereg danych - cen jednostkowych, wskaźników cenotwórczych a przecież nie wszystkie one podlegają ochronie). Wydaje się, że przystępujący wiąże możliwość poniesienia potencjalnej szkody z samym faktem ujawnienia jego wyjaśnień w sytuacji, gdy nie wykazał on, aby ujawnienie informacji tam zawartych faktycznie zagrażało interesom jego przedsiębiorstwa, w szczególności wpływało na pogorszenie jego sytuacji na rynku robót budowlanych, stanowiących przedmiot zamówienia. Przystępujący poprzestał na ogólnikowych tezach o tym jakie zagrożenia płyną dla jego przedsiębiorstwa z tytułu powzięcia informacji o wskazywanym przez niego kalkulacjach cenowych, wiedzy na temat kontrahentów, sposobów podejścia do wyceny swojej oferty, które to składają się na „know-how” jego przedsiębiorstwa. ZAB-BUD w swoim zastrzeżeniu jednak, oprócz tego, że zawarł twierdzenie o tym jaką to szkodę dla majątku spółki będzie miało ujawnienie tych danych, nie przedstawił żadnej analizy, ani nawet nie sprecyzował na czym owa szkoda miałaby polegać, nie wskazał też konkretnej wartości (wymiaru) owej szkody. Twierdzi wprawdzie, że poznanie jego strategii w zakresie szacowania elementów przedmiotu zamówienia prowadzić będzie do tego, że on sam będzie zmuszony zmienić swoją strategię wypracowaną latami i przeorganizować swoją działalność, jednak twierdzenia są na tyle ogólne i głoślowe, że nie sposób nawet z nimi polemizować. Tak ogólne podejście do kwestii poniesienia szkody, nie mówiąc już nawet o braku podjęcia jakichkolwiek prób oszacowania wymiaru tej szkody - nie zasługuje na aprobatę. Nawet jeśli nie jest możliwe, na obecnym etapie, dokładne wyliczenie wartości szkody, gdyż takie możliwe będzie dopiero wtedy, gdy do niej dojdzie - wykonawca nie opisał nawet w czym upatruje ryzyka związanego z wystąpieniem szkody tj. czy to związane jest z zapoznaniem się z cenami jednostkowymi, współczynnikami stosowanymi w kosztorysach czy może danymi podwykonawców. Bez wyliczenia i sprecyzowania tych elementów nie sposób jest uznać argumentów o wartości gospodarczej wszystkich przekazywanych w wyjaśnieniach

i kalkulacjach przez wykonawcę danych i informacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby przystępujący nie wykazał jednej z kluczowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa - wartości gospodarczej informacji, które utajnił. Zamawiający zaś naruszył wskazywany przez odwołującego przepis ustawy Pzp, gdyż nie dokonał właściwej analizy przedstawionego przez przystępującego uzasadnienia i dokonał oceny zastrzeżonych informacji w sposób nieprawidłowy, uznając za skuteczne dokonane zastrzeżenie pomimo, że to nie wykazywało kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała zamawiającemu uznanie za bezskuteczne dokonane przez przystępującego zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa, wyjaśnić rażąco niskiej ceny złożonych przez niego w postępowaniu oraz ich udostępnienie odwołującemu. Podkreślić należy bowiem, że zasady jawności i przejrzystości postępowania, jak i zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując pełną wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający, w ramach powtórzonych czynności zobowiązany jest unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż wybór ten został dokonany z naruszeniem wyżej wskazanych przepisów. Po dokonaniu tej czynności i udostępnieniu odwołującemu wyjaśnić rażąco niskiej ceny, złożonych przez ZAB-BUD, będzie miał on możliwość zapoznania się ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej i ewentualnie zakwestionowanie złożonych przez przystępującego wyjaśnić lub też, podniesienie zarzutów w zakresie rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzuty, sformułowane jako ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zastrzeżenia wyjaśnić rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa ZAB-BUD, naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp - poprzez nieprawidłowe uznanie, że wyjaśnienia ZAB-BUD w zakresie rażąco niskiej ceny uzasadniają podaną w ofercie cenę za wykonanie zamówienia, w sytuacji gdy należyte wykonanie zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego wykonawcę nie jest możliwe, czego skutkiem było zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Izba w tym zakresie pragnie przytoczyć, uznając powyższe stanowisko za własne uzasadnienie zawarte w Wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt Zs 122/22. Sąd Okręgowy wskazał, że: „zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznie roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo podkreślić należy, iż judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie k.p.c., to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp. W orzecnictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (wyrok SN z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., wyrok SN z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ., wyrok SN z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r. (sygn. akt III CZP 58/13, OSNC 2014, Nr 6, poz. 62) stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Tożsame stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (Wyrok SN z 26.01.1979 r., IV CR 403/78, OSNC 1979, nr 10, poz. 193) gdzie wskazano, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo oświadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu”.

Izba, kierując się powyższym stanowiskiem, pozostawiła zarzut, sformułowany przez odwołującego jako ewentualny, bez rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i

art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7

ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca:.....