Sygn. akt KIO 2202/25
KIO 2214/25

WYROK

Warszawa, 4 lipca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
I.N.
Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 czerwca 2025 r. przez:

A. Wykonawcę Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Sandomierska 19

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mirbud spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18i Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Długa 29

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Polskie Koleje Państwowe Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołowska 5, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13 i COALVI spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Saragossie, c/George Stephenson 46 zgłaszający przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2202/25 i KIO 2214/25

orzeka:

sygn. akt KIO 2202/25

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu uiszczonego przez odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
   2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

sygn. akt KIO 2214/25

1. Oddala odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu uiszczonego przez odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego
   2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.

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

Przewodnicząca:……..

……

……

KIO 2214/25

Uzasadnienie

Postępowanie na usługi prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 229 na odcinku Kartuzy - Lębork w ramach projektu pn. „Zapewnienie dostępu kolejowego do elektrowni jądrowej Lubiatowo - Kopalino ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20 grudnia 2024 r., pod numerem 783699-2024.

23 maja 2025 r. zamawiający poinformował o zamiarze odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Sygn. akt KIO 2202/25

2 czerwca 2025 r. wykonawca Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Sandomierska 19 wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 27 maja 2025 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do odwołania dołączono dowód jego opłacania oraz dowód przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1233 (dalej: „znk"), przez odtajnienie złożonych przez odwołującego 5 maja 2025 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odtajnienia złożonych przez odwołującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami;

2.zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący stoi na stanowisku, że w dalszym ciągu zachowuje szasnę na uzyskanie zamówienia. Pomimo, że zaoferowana przez odwołującego cena (jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu) jest wyższa od ceny zaoferowanej przez Torpol S.A., nie można wykluczyć, że oferta tego podmiotu zostanie odrzucona wskutek niespełnienia warunków w postępowaniu, braku prawidłowych wyjaśnień rażącą niskiej ceny, podleganiu wykluczeniu z postępowania lub z innych przyczyn – gdyż w postępowaniu nadal nie doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty. W takim przypadku to oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza w ramach kryterium ustanowionego przez zamawiającego.

Odtajnienie złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, niezależnie od wszystkich konsekwencji poza tym postępowaniem, na które wskazywał odwołujący w zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (a więc m.in. utrata konkurencyjności dzięki poznaniu przez konkurencję metodyki kalkulacji ceny ofertowej oraz nazw dostawców i podwykonawców oraz poziomu marż odwołującego), umożliwia pozostałym oferentom, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, złożenie odwołania zmierzającego do odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rzekomo rażąco niską cenę jego oferty. Uwzględnienie takiego odwołania doprowadziłoby do uniemożliwienia osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, co stanowi potencjalną szkodę odwołującego, uzasadniającą złożenie tego odwołania.

Odwołujący zastrzegł jedynie część dokumentu zawierającego wyjaśnienia rnc, a także że nie zastrzegł wskazanego w uzasadnieniu czynności zamawiającego, zaświadczenia ZUS z 12.02.2025 r., co nietrafnie wskazało PKP. Zaskarżona czynność zamawiającego w znaczącej mierze oparta jest o obszerne cytowanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „KIO") oraz sądów powszechnych i jedynie w ograniczonym zakresie odnosi się zarówno do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez odwołującego, jak i immanentnie z nim związanych wyjaśnień rnc.

Zasadnicza część uzasadnienia zaskarżonej czynności zamawiającego odnosi się do pierwszego warunku uznania informacji/dokumentów za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. zasadności przyporządkowania zastrzeżonych przez PPMT informacji i dokumentów jako informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą (art. 11 ust. 2 znk).

Odwołujący wskazał, że wartość gospodarcza zastrzeganych informacji i dokumentów została szczegółowo wykazana w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa str. 2-8. Uzasadnienie zamawiającego w zasadzie w całości pomija te wywody, nie odnosząc się do nich w żaden sposób. Odwołujący szczegółowo wyjaśnił i udowodnił, dlaczego zastrzegane informacje i dokumenty posiadają wartość gospodarczą. Wskazano m.in. na to, że zastrzegane dokumenty i informacje dot.:

− sposobu przygotowania i kalkulacji oferty, w tym w zakresie w jakim odnoszą się do dokonania przedmiarów i wstępnych założeń projektowych oraz robót wymienionych w przewidzianym przez zamawiającego Rozbiciu Cen Ofertowych (dalej: „RCO") – wątek dokonania przedmiarów przez projektanta w oparciu o który przyjęto konkretne założenia projektowe w celu optymalizacji zamówienia został całkowicie pominięty przez zamawiającego,

− ofert i danych kontrahentów PPMT oraz sposobu kalkulacji ich ofert – Zamawiający w ogóle nie odniósł się do wywodów, że katalog podwykonawców i dostawców stanowić może tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż posiada wartość gospodarczą (przytoczono odpowiednie i ugruntowane orzecznictwo KIO),
− danych dotyczących indywidualnie wynegocjowanych cen na niektóre materiały, usługi i roboty budowlane,
W ocenie zamawiającego odwołujący „nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie treści oferty miałoby prowadzić do przewagi konkurencyjnej, a w konsekwencji uniemożliwić wykonawcy zastrzegającemu tajemnicę pozyskanie przyszłych ofert w okresie trzech lat. Ponadto spodziewane zyski mają różny wymiar np. zysk netto, zysk brutto, EBIT, EBITDA i każdy z nich ma inny wpływ na wycenę wartości przedsiębiorstwa" (str. 6 uzasadnienia zaskarżonej czynności).
Twierdzenie to jest oczywiście nieprawdziwe. Odwołujący nigdy nie zastrzegał treści oferty. Szerokie wywody dot. ryzyka utraty przewagi konkurencyjnej zostały poczynione na str. 2-8 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący w szczególności wskazywał na:
− dokonanie przedmiarów i wstępnych założeń projektowych oraz robót wymienionych w przewidzianym przez zamawiającego Rozbiciu Cen Ofertowych w porozumieniu z projektantem. W oparciu o te szeroko zakrojone prace doszło do przyjęcia konkretnych rozwiązań, wskazanych w zastrzeżonej części wyjaśnień rnc, co wybrzmiewa wprost zarówno w zastrzeżeniu, jak i wyjaśnieniach rnc. W tym miejscu odwołujący zacytował treść zastrzeżenia.
− Odwołujący przywoływał, że katalog dostawców i podwykonawców zapewnia mu przewagę konkurencyjną i także przytoczył treść zastrzeżenia.
W świetle tego zastrzeżenia zdaniem odwołującego nie jest niczym dziwnym, że PPMT jest zagrożone utratą zysków. Jeżeli bowiem dojdzie do przejęcia jej podwykonawców i dostawców, a także wykorzystania opracowanych rozwiązań dot. realizacji przedmiotu zamówienia, PPMT utraci szansę na uzyskanie zamówienia w razie powtórzenia postępowania, a także radykalnie spadną szanse odwołującego na pozyskanie analogicznych przetargów lub wszystkich przetargów dot. robót budowlanych – wskutek ujawnienia przedmiotowych dokumentów i informacji zagrożone są bowiem podstawowe przewagi konkurencyjne przedsiębiorstwa PPMT.
Po drugie Zamawiający zarzuca odwołującemu, że ten nie wykazał „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" (str. 6 uzasadnienia zaskarżonej czynności).
Również to twierdzenie jest nieprawdziwe. Wywody w tym zakresie zostały poczynione przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa w wyżej przytoczonych cytatach. Uzupełniająco wskazał, że ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby doprowadzić do przejęcia podwykonawców przez konkurentów odwołującego, a także optymalizację przez tych konkurentów katalogu własnych dostawców i podwykonawców, w celu zniwelowania przewagi konkurencyjnej odwołującego w analogicznych przetargach (obszernie wskazywano na to na str. 4-5 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). Zamawiający pominął także wątek, że ew. powtórzenie postępowania wskutek jego unieważnienia – czego nie można wykluczyć – doprowadziłoby do zniwelowania przewagi konkurencyjnej PPMT (co opisano na str. 4 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).
Po trzecie Zamawiający nieprawdziwie wskazuje jakoby odwołujący „Wbrew stanowisku Wykonawcy ujawnienie indywidualnych ustaleń handlowych, warunków współpracy czy modelu wyceny, stanowiłoby przekazanie strategicznych informacji konkurentom." (str. 7 uzasadnienia zaskarżonej czynności). Odwołujący nigdy nie twierdził, że ww. ujawnienie informacji nie stanowiłoby przekazania strategicznych informacji konkurentom. Jest zupełnie odwrotnie – stąd odwołujący zastrzegał dokumenty i informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wnosi te odwołanie.
Po czwarte nieprawdziwe są twierdzenia zamawiającego jakoby „Analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy ujęta Wyjaśnieniach Wykonawcy nie pozwala na ustalenie, na czym miałoby polegać know-how przy kalkulowaniu ceny w tym postępowaniu. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób z treści oferty/ofert podwykonawcy i poczynionych z nich 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 miałby realnie wpływ na pogorszenia konkurencyjności." (str. 8 uzasadnienia zaskarżonej czynności). Odwołujący dokonał przedmiarów razem z projektantem (co wykazano w zastrzeżeniu tajemnicy, jak i wyjaśnieniach rnc). Gdyby doszło do powtórzenia postępowania w związku z jego unieważnieniem, w kolejnym postępowaniu odwołujący utraciłby swoją przewagę. Ponadto, poczynione rozwiązania, opisane szczegółowo w wyjaśnieniach rnc, mogłyby zostać wykorzystane przez konkurentów PPMT w innych analogicznych postępowaniach – kwestie te były przytaczane w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Analogicznie, wywody dot. pozyskania dostawców i podwykonawców wykonawcy omówiono wyżej, jak i w kwestionowanych przez zamawiającego dokumentach.

Po piąte zamawiający nieprawdziwie przypisuje odwołującemu próbę utajnienia zaoferowanej ceny realizacji zamówienia „Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 808/23 tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny 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." (str. 8 uzasadnienia zaskarżonej czynności). Wykonawca nie utajnił ceny ofertowej, ani jej rozbicia RCO, narzuconego przez zamawiającego. Szczegółowe rozbicie ceny ofertowej na ponad 500 pozycji, ma charakter jawny. Wykonawca podjął natomiast działania zmierzające do zachowania w poufności informacji dot. ofert podwykonawców, a także kalkulacji cen wg podziału na RMST (robocizna, materiały, sprzęt i transport), narzuconego przez zamawiającego w wezwaniu o wyjaśnienia rnc z 16 kwietnia 2025 r., co jest bezpośrednio związane z ochroną jego przedsiębiorstwa, którego katalog dostawców i podwykonawców stanowi istotną część, pozwalającą skutecznie konkurować o udzielenie zamówienia publicznego.

Po szóste zamawiający nietrafnie podnosi, że „Oferty podwykonawców złożone przez wykonawcę jako dowody do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają w przeważającej większości charakter ofert handlowych, i za wyjątkiem kilku, nie zawierają klauzul poufności. Odnosząc się do tych ofert w treści wyjaśnień wykonawca nie poruszył kwestii klauzuli poufności, nie przedstawiając uzasadnienia, dlaczego te dokumenty powinny podlegać zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie być udostępniane. Wykonawca powinien był szczegółowo wyjaśnić i udowodnić konieczność takiej ochrony. Z przedstawionych materiałów nie wynika, by inny wykonawca ubiegający się o zamówienie na ten sam towar otrzymałby odmienną ofertę cenową, w tym rabaty lub szczególne warunki handlowe. Dodatkowo, niektóre z ofert zawierają adnotację, że warunki mogą ulec zmianie oraz że informacje w nich zawarte mają charakter wyłącznie handlowy i czasowy. W związku z powyższym nie ma podstaw do uznania tych dokumentów za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa." (str. 9-10 uzasadnienia zaskarżonej czynności).

Odwołujący wskazał, że w ugruntowanym orzecznictwie KIO, wskazanym na str. 6-8 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, potwierdza się, że katalog dostawców i podwykonawców danego wykonawcy oraz poziomu wynegocjowanych przez niego cen posiada wartość gospodarczą, zatem może zostać zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa. Obszernie cytowane judykaty, trafnie wskazują na istotną wartość tych informacji. Kwestie te były także wskazywane w szczególności na str. 4-5 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Twierdzenia zamawiającego są zatem oczywiście nieprawdziwe. Nie przedstawił on ponadto poglądów doktryny lub orzecznictwa prezentujących odmienne stanowisko. Odwołujący załączył do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokumenty, potwierdzające że traktuje on oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa i podejmuje on w tym zakresie stosowne działania. Okoliczność, że w krótkim czasie na przedłożenie wyjaśnień rnc, nie przedłożył on oświadczeń wszystkich podwykonawców i dostawców, że traktują oni te dane jako poufne nie jest niczym dziwnym, per se nie przekreśla tej okoliczności, a ponadto nie tłumaczy, dlaczego odtajniono wszystkie zastrzeżone informacje i dokumenty. Twierdzenie zaś, że „Z przedstawionych materiałów nie wynika, by inny wykonawca ubiegający się o zamówienie na ten sam towar otrzymałby odmienną ofertę cenową, w tym rabaty lub szczególne warunki handlowe.", świadczy o błędzie w rozumowaniu zamawiającego. Po to bowiem odwołujący zastrzega te informacje, aby jego konkurenci w tym i innych postępowaniach, nie mogli niwelować jego przewagi konkurencyjnej, przez uzyskanie kontaktów do najoptymalniejszych dostawców i podwykonawców. Jeżeli konkurenci poznają źródło tańszego zaopatrzenia pośrednika, są w stanie z oczywistych przyczyn wyprzeć go z rynku. Sytuacja analogiczna ma miejsce w niniejszej sprawie. Podobnym błędem jest twierdzenie, że „Dodatkowo, niektóre z ofert zawierają adnotację, że warunki mogą ulec zmianie oraz że informacje w nich zawarte mają charakter wyłącznie handlowy i czasowy.". Poznanie danych dostawców i podwykonawców pozwala konkurencji na ich pozyskanie dla siebie oraz pozwala na negocjowanie cen na poziomie, który uzyskał odwołujący– co w sposób oczywisty niweluje przewagę konkurencyjną.

Po siódme zamawiający kwestionuje zastrzeżenie przykładowych umów o pracę, wzorów umów podwykonawczych, umów o zachowaniu poufności Regulaminu Pracy PPMT. W zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 6), PPMT wskazało że:

„Regulacja te zostały wypracowane w toku funkcjonowania i rozwoju PPMT. W toku ich tworzenia oraz niezbędnych modyfikacji korzystano z usług profesjonalnych podmiotów, które w ramach zleceń jak i z uwagi na naturę swojej działalności związane są tajemnicą zawodową. Organizacja wewnętrznego funkcjonowania Wykonawcy opisana m.in. tymi regulacjami pozwala na określenie jasnych wymogów w odniesieniu do osób zatrudnionych, co przekłada się na harmonijną organizację pracy, a tym samym wprost przekłada się na zdolność konkurowania i realizacji złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych, które są przedmiotem tego zamówienia. Jest ona również niezbędna dla utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa, pozwalającego osiągnąć niezbędną przewagę w wysoce konkurencyjnym środowisku."

- zastrzeżenie tych dokumentów wynika zatem z faktu, że PPMT musiało wydać środki na usługi podmiotów profesjonalnie świadczących pomoc prawną, aby uzyskać ww. dokumenty zapewniające zgodność działalności

przedsiębiorstwa z przepisami oraz optymalną ochronę jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Ujawnienie tych informacji pozwoli na zaoszczędzenie wydatków konkurentom PPMT co jest oczywiste, jak i zniweluje przewagę konkurencyjną odwołującego.

Oczywiście nieprawdziwe jest twierdzenie zamawiającego, że „Co istotne, w przypadku uzyskania zamówienia, treść takich umów – już zawierająca dane identyfikujące drugą stronę – podlega ujawnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej." (str. 10 uzasadnienia zaskarżonej czynności). Zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1-2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j..: Dz.U. z 2022 r. poz. 902 ze zm.:

„1. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

(…)

2. Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa."

Odwołujący podkreślił, że poza wskazaniem w wyjaśnieniach rnc obszernego katalogu swoich podwykonawców i dostawców – co wbrew stanowisku zamawiającego stanowi jedną z najistotniejszych tajemnic przedsiębiorstwa każdego podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia na roboty budowlane znacznych rozmiarów i znacznego skomplikowania – odwołujący zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa przedłożył całkowicie pominiętą przez zamawiającego umowę z projektantem, która dotyczyła m.in. przygotowania odpowiednich materiałów do oferty przetargowej, a także optymalizacji robót wraz z przedstawieniem podstawowych rozwiązań w formie rysunkowej oraz wykonania przedmiarów robót w rozbiciu na RCO narzuconego przez zamawiającego. Wywody jej dot. w zastrzeżeniu tajemnicy oraz wyjaśnieniach rnc zostały całkowicie pominięte w stanowisku zamawiającego, podczas gdy w sposób oczywisty samoistnie przemawia ona za znaczną wartością gospodarczą wyjaśnień rnc w zakresie poczynionych tam koncepcji realizacji zamówienia. To działanie oraz inne podjęte przy przygotowywaniu oferty oraz wyjaśnianiu rnc, świadczą o zaangażowaniu znacznych środków przez odwołującego, których efekty mogą zostać darmowo przejęte przez konkurentów wskutek zaskarżonej czynności zamawiającego.

Według odwołującego zatem w sposób niebudzący wątpliwości wykazano w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa pierwszy warunek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

W zakresie drugiego warunku skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa tj. braku znajomości albo braku łatwej dostępności zastrzeganych informacji dla osób zwykle zajmujących się tym rodzajem informacji (art. 11 ust. 2 znk), wskazać należy, że trudno ustalić stanowisko zamawiającego w tym zakresie.

Wpierw bowiem oświadczył on, że przesłanka ta została spełniona „Przechodząc do drugiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tj. że informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, należy wskazać, że przesłanka ta jest spełniona z uwagi na oświadczenie wykonawcy oraz trudności dowodowe dotyczące wykazywania jej spełnienia." (str. 11 zaskarżonej czynności).

Podczas gdy w dalszej części uzasadnienia czynności wskazał, że wyraża swoje wątpliwości dot. uznawania przez podwykonawców ich ofert lub ustaleń dot. tych ofert jako informacji poufnych oraz przedłożonych dowodów po czym skonkludował, że „(…) wykonawca nie wypełnił drugiej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (…)".

Stanowisko zamawiającego jest zatem w tym zakresie wewnętrznie sprzeczne. Ponadto w zakresie w jakim zamawiający zaprzecza wypełnieniu tej przesłanki przez odwołującego, pozostaje on w sprzeczności ze stanowiskiem dot. spełnienia ostatniej przesłanki, która wymaga wykazania przez wykonawcę, że podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności (art. 11 ust. 2 znk). W sposób niewątpliwy bowiem zamawiający nie kwestionuje wypełnienia trzeciej przesłanki przez wykonawcę.

Zamawiający nie kwestionuje skuteczności podjęcia przez wykonawcę działań zmierzających do utrzymania zastrzeganych informacji w poufności (przesłanka nr 3), podczas gdy w zakresie w jakim kwestionuje spełnienie przez wykonawcę przesłanki nr 2, powołuje się na wątpliwości dot. uznawania przez podwykonawców ich ofert lub ustaleń dot. tych ofert jako informacji poufnych oraz przedłożonych dowodów w tym zakresie.

Stanowisko to jest wewnętrznie sprzeczne i wadliwe.

Skoro bowiem zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, że wykonawca podjął działania zmierzające do utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, to nie może twierdzić że nie przedłożono dowodów „świadczących o rzeczywistym ograniczeniu ich dostępności oraz podjęciu skutecznych środków ochrony – również po stronie podmiotów współpracujących." (str. 11 uzasadnienia zaskarżonej czynności).

Ponadto, argumenty zamawiającego dot. kwestionowania spełnienia drugiej przesłanki jej nie dotyczą. Jak wskazano wyżej i jak wskazuje zamawiający, druga przesłanka nie dotyczy dowodów dot. uznawania przez podwykonawców ich

ofert lub ustaleń dot. tych ofert jako informacji poufnych oraz przedłożonych dowodów w tym zakresie. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odwołujący wskazał, że (str. 8 zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) opis konkretnych działań został zawarty przy uzasadnieniu trzeciej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, których skuteczność – jak wskazano wyżej – nie jest kwestionowana przez zamawiającego.
Za trafną uznać wpierw poczynioną diagnozę zamawiającego, że „(…) należy wskazać, że przesłanka ta jest spełniona z uwagi na oświadczenie wykonawcy oraz trudności dowodowe dotyczące wykazywania jej spełnienia." (str. 11 zaskarżonej czynności), a za błędne dalej poczynione wywody, które świadczą o zajęciu całkowicie przeciwnego stanowiska.
Z daleko posuniętej ostrożności – utrzymując pierwotne stanowisko – jeżeli część dokumentów nie została skutecznie zastrzeżona, np. w zakresie wyłącznie przykładowych umów o pracę, załączonych do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, to zamawiający powinien odtajnić wyłącznie te umowy, a nie całość przedłożonych mu informacji i dokumentów. Zamawiający zaś nie dokonał w tym zakresie żadnej dystynkcji, nie odnosząc się do wszystkich zastrzeganych informacji i załączników, co powinien być uczynić.
4 czerwca 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
5 czerwca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołowska 5, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13 i COALVI spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Saragossie, c/George Stephenson 46 zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Umocowanie do wniesienia odwołania wykazano ciągiem pełnomocnictw. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania, a ewentualne uwzględnienie zarzutów oraz wniosków odwołującego może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia, w wyniku czego przystępujący poniósłby szkodę. Jednocześnie w interesie przystępującego jest podtrzymanie decyzji zamawiającego, którą bezzasadnie kwestionuje odwołujący, jako decyzji wynikającej z prawidłowego zastosowania przepisów ustawy.

Sygn. akt KIO 2214/25

2 czerwca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mirbud spółka akcyjna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Unii Europejskiej 18i Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego Transkol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Długa 29 wnieśli odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 28 maja 2025 r. udzielonego przez lidera, który działał na podstawie pełnomocnictwa partnera z 29 stycznia 2025 r. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia oraz dowód przekazania zamawiającemu.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:
(1)art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk") poprzez odtajnienie (pismem z dnia 23 maja 2025 roku) informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez odwołującego pismem z dnia 5 maja 2025 r., w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w postępowaniu, podczas gdy odwołujący wykazał, że dokumenty i informacje te stanowią prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa;
a w konsekwencji powyższych:
(2)art. 16 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
Wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
(1)unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez odwołującego pismem z 5 maja 2025 r. w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (oznaczona część wyjaśnień oraz załączniki).
Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.
Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem odtajnienie przez zamawiającego informacji i dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami może doprowadzić do poniesienia przez odwołującego strat finansowych w toku aktualnej (w tym związanej z postępowaniem) i przyszłej działalności biznesowej. Odtajnienie informacji zastrzeżonych przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadzi do ujawnienia jego know-how w sferze obejmującej nabywane przez lata doświadczenie i wiedzę. Odwołujący może więc bezpowrotnie utracić przewagę konkurencyjną, jaką do tej pory wypracował względem konkurencji działającej na rynku dla niego właściwym.
Odwołujący wykazał, że informacje zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa bez wątpienia posiadają

„wartość gospodarczą” oraz zostały podjęte względem nich odpowiednie (adekwatne) środki celem ich ochrony przed dostępem osób trzecich, pomimo odmiennych, niczym niepopartych twierdzeń zamawiającego, że jest inaczej.
Odwołujący celem ochrony zastrzeżonych informacji musiałby podjąć dodatkowe, nieadekwatne jego zdaniem działania i środki celem ich dalszej ochrony, w sytuacji, gdy już podjęte przez niego działania są wystarczające dla osiągniecia tego celu.
Odwołujący 5 maja 2025 r., przedłożył zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia z odpowiednimi załącznikami (dowodami) oraz zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa („wyjaśnienia RNC”). Składając wyjaśnienia odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy. Odwołujący w ramach dokonanego zastrzeżenia, zastrzegł informacje, które przedstawione zostały wprost w treści wyjaśnień oraz zastrzegł załączniki do tych wyjaśnień (odpowiednio oznaczone).
Odwołujący zastrzegając pakiety informacji i załączników do wyjaśnień RNC zastrzegł wyłącznie te dane, które były niezbędne i konieczne dla ochrony jego interesu majątkowego i gospodarczego wskazując, że informacje te:
(a) mają charakter techniczny (i), technologiczny (ii) lub organizacyjny (iii);
(b) posiadają wartość gospodarczą,
(c)nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, a wykonawca podjął starania w celu utrzymania ich poufności.
Zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu informacji i dokumentów przekazanych przez odwołującego w ramach wyjaśnień RNC. W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek wymaganych przepisem art. 11 ust. 2 Uznk, uprawniających go, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy, do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich zastrzeżonych informacji.
Twierdzenie zamawiającego są nieuprawnione. Odwołujący wykazał bowiem, że zastrzeżone przez niego informacje posiadają wartość gospodarczą oraz zostały objęte adekwatną ochroną.
Stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym odwołujący nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk, jest nieprawidłowe. Wykazane bowiem zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie.
Odwołujący podkreślił, że miał oraz ma (obecnie) świadomość znaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący akceptuje również to, że dopuszczalność utajniania informacji/ dokumentów, którymi wykonawca posługuje się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być traktowana jako wyjątek od ogólnej zasady jawności. Niemniej jednak, co zdaje się pomijać zamawiający, zastrzeżenie, którego dokonał odwołujący nie ma charakteru generalnego i bezrefleksyjnego.
Odwołujący nie kwestionuje ogólnych wywodów (w szczególności wyroków Krajowej Izby Odwoławczej) zamawiającego na temat tajemnicy przedsiębiorstwa ujętych w treści pisma z 23 maja 2025 roku, w szczególności podkreślił, że ma świadomość, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a skorzystanie z zastrzeżenia przez wykonawcę danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłącznie wyjątkiem od reguły jawności przez co podmioty startujące w publicznych przetargach muszą się liczyć z tymi zasadami.
Uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie musi się natomiast wiązać z przyzwoleniem na ujawnienie wszelkich szczegółów swojej działalności. Reguła ta ukształtowana została przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i winna znaleźć pełne zastosowanie w analizowanej sprawie. Tytułem przykładu wskazać należy chociażby na wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r.[1], którym Trybunał stwierdza: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontradyktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”. Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla wykonawcy wartość gospodarczą.
Odwołujący kierował się przede wszystkim najnowszym i aktualnie dominującym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla którego niejako „fundament” stanowi orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.
Zwrócił uwagę na wyrok Trybunału z dnia 14 lutego 2008 r. Sygn. C-450/06, którym Trybunał stwierdza: „W istocie w ramach odwołania od decyzji instytucji zamawiającej wydanej w ramach postępowania przetargowego zasada kontradyktoryjności nie wymaga tego, by strony miały nieograniczone i absolutne prawo dostępu do całości informacji dotyczących danego postępowania przetargowego, przedłożonych organowi powołanemu do rozpoznania tego odwołania. Wręcz przeciwnie, to prawo wglądu należy wyważyć względem prawa innych podmiotów gospodarczych do ochrony ich poufnych informacji i tajemnic handlowych”. Zatem zasada jawności, która bez wątpienia jest jedną z kluczowych zasad związanych z postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma charakteru bezwzględnego i nie oznacza przyzwolenia na ograniczenie prawa do ochrony dokumentów posiadających dla

wykonawcy wartość gospodarczą.
Działanie odwołującego uznać należy za w pełni oddające kompromis pomiędzy dwoma dobrami, z jakimi mamy tutaj do czynienia, tj. jawnością postępowania, a z drugiej strony prawem do ochrony informacji mającej dla wykonawcy wartość gospodarczą.
Odwołujący przywołał w jego ocenie najistotniejsze fragment wyroku Trybunału z dnia 17 listopada 2022 r. , w którym podkreślono, że wykluczonym jest ujawnianie przez instytucje zamawiające informacji poufnych, które mogą zostać wykorzystane przez innych wykonawców nie tylko w bieżącym postępowaniu, w toku którego doszło do ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale i w czasie trwania kolejnych postępowań (wyroki: z dnia 14 lutego 2008 r., Varec, C 450/06, EU:C:2008:91, pkt 34–36; z dnia 7 września 2021 r., Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras,C 927/19, EU:C:2021:700, pkt 115)".
Wyrok Trybunału stanowi w istocie potwierdzenie, że tajemnicę przedsiębiorstwa należy postrzegać możliwie (dopuszczalnie) szeroko, w tym w kontekście informacji, które mogą narazić wykonawcę na stratę w dalszych postępowaniach przetargowych, a katalog zastrzeganych informacji winien być postrzegany zasadniczo liberalnie.
Odwołujący przedstawił też orzeczenie KIO prezentujące najaktualniejsze stanowisko Izby w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa znajdujące zastosowanie na gruncie tej sprawy- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2025 r. (sygn. akt KIO 4878/24, KIO 4919/24).
Zasada ochrony informacji – zgodnie z powyższym orzeczeniem KIO – zasługuje na ochronę i pomimo doniosłości zasady jawności (czego odwołujący nie kwestionuje), winna być stosowana równorzędnie. Zestawienie dwóch dóbr – ochrony informacji oraz - jawności postępowania - winno zostać dokonane ze skrupulatnym uwzględnieniem katalogu informacji wrażliwych dla wykonawcy oraz ewentualnych szkód, które może nieść ze sobą ich ujawniania, a ogólną zasadą jawności. Należy mieć przy tym na uwadze przede wszystkim wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji.
W ocenie odwołującego, zastrzeżone przez niego informacje przede wszystkim posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą oraz zostało to wykazane w sposób całkowicie prawidłowy, zgodny ze wskazaniami Trybunału, orzecznictwa KIO i przede wszystkim literalnie zgodnie z Uznk oraz ustawy. Informacje te są odpowiednio chronione przez odwołującego.
Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:
a)informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;
b)informacja 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;
c)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.
Obok istnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk odnoszących się do charakteru informacji, konieczne jest bowiem jeszcze podjęcie przez wykonawcę określonych czynności. Dopiero po ich wykonaniu możliwe będzie objęcie danych informacji ochroną. Na marginesie wskazać warto, że do tego właśnie sprowadza się specyfika związana z tajemnicą przedsiębiorstwa na gruncie ustawy. Może się bowiem okazać, że dana informacja posiada cechy pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jeżeli wykonawca nie podejmie określonych działań, to nie będzie ona podlegała ochronie.
Kluczowe jest ustalenie, jakim obowiązkom sprostać musi wykonawca, aby chroniona przez niego informacja nie została ujawniona. W tym kontekście analizie poddać należy zarówno obowiązki o charakterze formalnym (tj. sposób, w jaki muszą być podejmowane czynności wykonawcy), jak i aspekt materialny (tj. sama zawartość informacji).
Jeśli chodzi o kwestie formalne, to stosowne obostrzenia w tym zakresie przewiduje art. 18 ust. 3 ustawy. Po pierwsze stanowi on, że wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być ujawniane nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. Po drugie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
Należy ustalić, jakie znaczenie dla obowiązków wykonawcy ma użycie przez ustawodawcę sformułowania „wykazać" . Jest to o tyle istotne, że zamawiający traktuje obowiązek „wykazania" spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa niejako wprost jako wymóg ich „udowodnienia".
Zgodnie ze słownikową definicją „wykazać" to inaczej „uzewnętrznić coś", „ujawnić istnienie czegoś", „przedstawić coś w sposób przekonujący". Wydaje się zatem jak najbardziej zasadne postawienie znaku równości pomiędzy „wykazaniem" i „uprawdopodobnieniem". Z całą pewnością nie należy jednak zamiennie posługiwać się pojęciami „wykazać" i „udowodnić". Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 12 czerwca 2017 r. : „Użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie «wykazał» należy rozumieć, jako «rzeczowo uzasadnił». Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli

zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych, wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."

Odwołujący podkreślił, że zamawiający błędnie usiłuje postawić znak równości pomiędzy dwoma wyrażeniami, których literalne znaczenie diametralnie się różni, co jak się wydaje doprowadziło go m.in. do podjęcia działań w przedmiocie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez odwołującego przez uznanie, że odwołujący nie udowodnił wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Trafniejszym i powszechnie przy tym aprobowanym przez KIO zjawiskiem w toku badania prawidłowości uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest interpretacja „wykazania" jako zaprezentowania odpowiedniego uzasadnienia, dla którego określone przez wykonawcę informacje powinny pozostać tajnymi, wykluczając przy tym zero-jedynkowe udowodnienie lub jego brak w kontekście spełnienie określonych przesłanek. Jest to tym bardziej uzasadnione, gdyż nierzadko niemożliwym jest bezpośrednie „udowodnienie" wartości gospodarczej danej informacji. Zwłaszcza, kiedy wartości gospodarczej nie sposób skwantyfikować, co jest zjawiskiem powszechnym wśród uczestników rynku.

Co więcej, stosowanie zamiennie pojęcia „wykazać" oraz „udowodnić" nie zasługuje na aprobatę uwzględniając całościowy charakter ustawy. Powołał wyrok z 3 marca 2020 r.

Odwołujący wykazał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa rzeczowe okoliczności, które przemawiają za przyjęciem, że posiadają one dla niego wartość gospodarczą, w sposób możliwie jak najbardziej wyczerpujący wskazując ewentualne skutki ujawnienia informacji do publicznej wiadomości. Odwołujący niejednokrotnie podkreślał w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa, że działanie zamawiającego może doprowadzić do pogorszenia jego sytuacji rynkowej, co w samo w sobie stanowi wystarczający argument do utajnienia poszczególnych informacji i dokumentów. Potencjalna strata odwołującego odnosi się do zdarzeń przyszłych, których zmaterializowanie się jest uzależnione od szeregu czynników zewnętrznych. Za w pełni zgodne ustawą, należy zatem uznać wykazanie z art. 18 ust. 3 Pzp w takiej formie, jak uczynił to odwołujący w postępowaniu tj. przedstawienia konkretnych, realnych okoliczności, wyposażając w zamawiającego w „narzędzie", które umożliwi mu podjęcie decyzji, czy dany wykonawca faktycznie poniesie stratę.

Obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który obiektywnie pozwoli mu uznać, że informacje te zasługują na ochronę. Przy czym nie należy zapominać, że argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego, jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec. Uzasadnienie zależeć będzie więc chociażby od tego czy dany dokument już „na pierwszy rzut oka" niesie wrażliwą informację czy może jest to dokument zwyczajowo jawny (jak np. wykazy przedstawiane zamawiającemu na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący wykazał zamawiającemu, że zastrzegane przez niego informacje, a mianowicie - informacje zawarte w treści wyjaśnień (oraz w załącznikach do nich stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez odwołującego wykazana i udowodniona.

W pierwszej kolejności omówienia wymaga kluczowa przesłanka użyta przez ustawodawcę w art. 11 ust. 2 Uznk, jaką jest wartość gospodarcza informacji. Odwołujący podkreśla, że katalog informacji, które zawierać mogą wartość gospodarczą z punktu widzenia wykonawcy jest katalogiem otwartym. Zatem to jedynie wykonawca (jako podmiot domagający się ochrony określonych informacji) jest w stanie właściwie ocenić czy istotne jest dla niego utajnianie określonych dokumentów. Jeśli uzna, że dany dokument zawiera cenną dla niego informację mającą wartość gospodarczą, obowiązkiem jego jest okoliczność tę uprawdopodobnić w wyjaśnieniach przekazanych zamawiającemu

W ocenie zamawiającego odwołujący miał nie wykazać wartości gospodarczej zastrzeganych przez siebie (i odpowiednio oznaczonych w wyjaśnieniach) informacji, albowiem:

1)„Wykonawca nie przedstawił przekonujących dowodów na to, w jaki sposób treść oferty lub oferty podwykonawców, a także poczynione z nimi ustalenia, mogą zawierać informacje, które miałyby wpływ na konkurencyjność postępowania";

2)„Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób ujawnienie treści ofert podwykonawców miałoby prowadzić do uzyskania przewagi konkurencyjnej, ani jak mogłoby to uniemożliwić wykonawcy, który zastrzegł te informacje, uzyskanie przyszłych ofert. Ponadto, Wykonawca nie przedstawił, jakie rzeczywiste znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku miałoby poznanie konkretnych informacji oraz w jaki sposób przekłada się to na ryzyko zagrożenia jego uzasadnionym interesom. Brak jest przekonującego uzasadnienia, że ujawnienie tych informacji może faktycznie osłabić pozycję rynkową wykonawcy.".

Odwołujący nie zgodził się z wyprowadzonymi przez zamawiającego wnioskami. Powyżej przedstawione fragmenty argumentacji zamawiającego mające rzekomo potwierdzać zasadność utajnienia wyjaśnień, dobitnie potwierdzają, że zamawiający nie dokonał analizy uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający zasadniczą część swojego uzasadnienia o odtajnieniu dokumentów odwołującego poświęca przywołaniu wyrywkowych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej i jedynie w oparciu o przywoływane orzeczenia upatruje zasadności swojej decyzji. Zamawiający nie tylko

posiłkuje się orzeczeniami Izby, ale czyni z nich de facto podstawę swojej decyzji (z pominięciem w istocie realnej treści dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa).
Uzasadnienie decyzji o odtajnieniu wyjaśnień RNC tylko w jednym krótkim fragmencie cytuje treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (i to początkową) i tylko na tej podstawie zamawiający wysuwa wniosek, że „przedstawiona przez wykonawcę argumentacja stoi w sprzeczności z utrwalonym stanowiskiem doktryny i judykatury". Zamawiający zdaje się więc wyprowadzać wniosek o braku możliwości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa takich informacji jak szczegółowe kalkulacje ceny czy oferty podwykonawców tylko z tego powodu, że w przekonaniu zamawiającego miałoby to stać w sprzeczności z utrwalonym stanowiskiem judykatury (w dalszej części Odwołujący także przytoczy kilka stanowisk judykatury, które prowadzą jednak do całkowicie odmiennych wniosków).
Zamawiający w treści uzasadnienia swojej decyzji nie podejmuje rzeczywistej, indywidualnej i merytorycznej oceny przedstawionego uzasadnienia. Pomimo tego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego liczy blisko 12 stron (z czego prawie 8 to wykazanie wartości gospodarczej zastrzeganych dokumentów), zamawiający w swoim stanowisku ogranicza się do przywołania jednego akapitu tego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i wyprowadza mylące wnioski, jakoby odwołujący miał nie sprostać wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.
Uzasadnienie decyzji zamawiającego o odtajnieniu ogranicza się do bezrefleksyjnego powołania fragmentów orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, bez wskazania, w jaki sposób konkretny stan faktyczny tej sprawy miałby odpowiadać tezom z cytowanych wyroków. W kilku miejscach zamawiający posłużył się wręcz ogólnikowym i dalece subiektywnym stwierdzeniem, że uzasadnienie odwołującego nie jest dla zamawiającego przekonujące. Tymczasem zamawiający nie może zastępować analizy przedstawionych przez odwołującego argumentów i dowodów własną, subiektywną oceną „przekonania" lub „przekonywalności" uzasadnienia wykonawcy, ponieważ nie są to kryteria przewidziane w ustawie. Ocena ta musi być dokonana przez pryzmat obiektywnych przesłanek wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czy dane informacje mają wartość gospodarczą, nie są jawne publicznie oraz czy podjęto wobec nich działania mające na celu zachowanie poufności.
Ustawowe przesłanki definiujące tajemnicę przedsiębiorstwa mają charakter obiektywny, tzn. nie zależą od osobistego wrażenia zamawiającego, ale od faktów, które można ustalić i ocenić na podstawie przedstawionych przez wykonawcę logicznie uzasadnionej argumentacji. Zamawiający ograniczył się do stwierdzeń sprowadzających się w dużym uproszeniu do tezy, że „wykonawca go nie przekonał". Tak jak jednak względem wykonawców stawia się wymóg składania wyczerpujących wyjaśnień, odpowiedzi, etc. tak jak i na zamawiającym ciąży obowiązek skrupulatnego wyjaśnienia uzasadnienia swoich decyzji względem wykonawcy, w szczególności jeśli decyzja ta może mieć negatywny wpływ na sytuację wykonawcy nie tylko w jednym i konkretnym postępowaniu (np. przy odrzuceniu oferty), ale decyzja ta rezonować będzie na dalsze funkcjonowanie podmiotu na rynku zamówień publicznych. Taki wpływ decyzji zamawiającego ma odtajnienie wyjaśnień RNC i odpowiednio zastrzeżonych dowodów. Każdy z tych dokumentów niesie za sobą odpowiednią wartość gospodarczą, nieujawnioną przez odwołującego do wiadomości publicznej. Tymczasem w swoim piśmie zamawiający nawet nie pochyla się nad udzieleniem odpowiedzi, z jakich powodów odtajnia wszystkie załączniki do wyjaśnień RNC (a wśród nich były nie tylko kalkulacje czy oferty, lecz także umowy z pracownikami konsorcjantów czy wewnętrzne funkcjonujące w strukturach danego podmiotu). O ile bowiem odwołujący w swoim uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odniósł się i wskazał na wartość gospodarczą takich informacji, tak sam Zamawiający przemilcza całkowicie tę kwestię, bezrefleksyjnie przekazując, iż odtajnia wszystkie elementy zastrzeżone przez odwołującego.
Trudno więc nie postawić sobie retorycznego pytania, czy to na pewno zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego było „mało przekonujące", czy to może jednak zautomatyzowana „taktyka" zamawiającego polegająca na odtajnianiu wykonawcom wszystkich informacji, które wykonawcy zastrzegają w ramach składanych wyjaśnień w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
Odwołujący wskazał, że od strony 19 do 26 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawił wszystkie okoliczności, które świadczą o szczególnym charakterze zastrzeganych informacji (wartości gospodarczej). Odwołujący nie zgodził się więc, jakoby nie wykazał spełnienia przesłanki związanej z wartością gospodarczą zastrzeganych informacji.
Na stronie 21 wyjaśnień RNC (które traktować należy jako nierozerwalną ze sobą część, tj. wyjaśnienia same w sobie wraz z załącznikami w postaci kalkulacji i ofert) odwołujący wskazał przykładowo, że: „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. Walor 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.”.

W dalszej kolejności odwołujący także wskazał, że: „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. Po drugie, na wartość wyjaśnień cenowych wskazuje praktyka rynku, 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. (…)”.

Oprócz tego odwołujący na str. 24 wyjaśnień RNC wskazał, że: „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 know-how wykonawcy, stanowi istotną wartość przedsiębiorstwa wykonawcy, prawnie chronioną jako tajemnica przedsiębiorstwa.”.

Powyższe wywody odwołującego są zasadniczo zbieżne z „instrukcją” płynącą z dorobku orzeczniczego nie tylko Izby, ale i Sądu Okręgowego w Warszawie, które dostrzegają w szczegółowych kalkulacjach/ofertach podwykonawczych wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa, którego one dotyczą.

Odwołujący zwrócił uwagę na Wyrok Sądu Zamówień Publicznych z dnia 17 czerwca 2019 r.,

Utajniony przez odwołującego katalog informacji zasadniczo pokrywa się z tym wskazanym przez składy orzekające (Sądu oraz KIO).

W zakresie zaś utajnienia dokumentów dot. danych osobowych pracowników i kopii umów, odwołujący wskazał, że: „wykonawca chroni dane osobowe swoich pracowników. Informacja o pracownikach i współpracownikach nie jest jawna i powszechnie dostępna. Pracownicy i współpracownicy również zobowiązane 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 tyczące 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 ławo 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 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.”.

Zamawiający w tym zakresie wyprowadził subiektywny wniosek, że informacje dot. wynagrodzenia pracowników, nawet w schemacie uśrednionym miałaby być „branży budowlanej ogólnodostępna. Powszechnie wiadomo, że wysokość wynagrodzenia zależy od kwalifikacji posiadanych przez pracownika.”, a to z kolei miałoby uniemożliwiać odwołującego objęcie dokumentów z takimi informacjami tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślenia wymaga, że przy ocenie, czy dane

informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa, decydujące znaczenie ma ich obiektywna charakterystyka, a nie subiektywne przekonanie zamawiającego. Nie można utożsamiać orientacyjnej wiedzy o rynkowych stawkach z konkretnymi danymi dotyczącymi wewnętrznej polityki wynagrodzeń danego wykonawcy. Nie sposób również zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że wysokość wynagrodzeń „zależy od kwalifikacji pracownika", ponieważ nie uwzględnia ona całokształtu czynników wpływających na politykę kadrową danego przedsiębiorstwa. W praktyce budowlanej wynagrodzenia są ściśle powiązane nie tylko z kompetencjami personelu, ale również z indywidualnymi decyzjami wykonawcy dotyczącymi doboru kadry, zdolności do finansowania wynagrodzeń, lokalizacji projektów, czy konkurencji lokalnej. Wiedza o tym, jaką strukturę wynagrodzeń przyjął wykonawca, w jaki sposób skonstruował swoje umowy pracownicze, stanowi efekt wieloletniego doświadczenia i praktyki gospodarczej. Jest to więc istotny element organizacyjnego know-how przedsiębiorcy. Nie można też pozbyć się nasuwającej się na pierwszy rzut szkody, które może wyniknąć z odtajnienia przez zamawiającego tego typu dokumentów. Upublicznienie danych dot. dokumentacji pracowniczej nie tylko wyrządzi szkodę w postaci wykorzystania tej wiedzy przez konkurentów (konkurenci mogliby wykorzystać te informacje w celu przejmowania pracowników np. poprzez oferowanie minimalnie wyższych stawek), kopiowania strategii kadrowych lub prowadzenia agresywnej polityki rekrutacyjnej), ale także – upublicznienie wynagrodzeń może wpłynąć na relacje wewnętrznie w przedsiębiorstwie i zakłócić jego stabilność organizacyjną.
Z kolei odnośnie dokumentów związanych z wewnętrznymi procedurami funkcjonujących w strukturach poszczególnych konsorcjantów odwołujący wskazał, że: „Utajnienia wymagają także dokumenty stanowiące odpowiednio oznaczone załączniki dot. uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że szereg działań podjętych przez wykonawców w swoich wewnętrznych strukturach stanowi przejaw swoistego 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.", a także: „Odnośnie 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 knowhow 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.".
Zamawiający mimo tego, odtajnił wszystkie załączniki do wyjaśnień RNC. W treści uzasadnienia tej decyzji nie sposób jednak doszukać się jakiejkolwiek analizy powiązanej z taką decyzją – zamawiający przemilcza bowiem podstawy, dla których odtajnia takie załączniki jak dokumenty dot. funkcjonowania wewnętrznego konsorcjantów (zał. 21-25). Zamawiający, otrzymując informacje objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, staje się depozytariuszem cudzych, wrażliwych danych – i ponosi pełną odpowiedzialność za ich dalsze przetwarzanie i ewentualne ujawnienie. Skoro wykonawca spełnił wymogi formalne i merytoryczne wynikające z art. 18 ust. 3 ustawy oraz art. 11 ust. 2 Uznk, to ewentualna decyzja zamawiającego o odtajnieniu tych informacji musi być poparta obiektywną, logiczną i transparentną argumentacją, pozwalającą na kontrolę legalności tej decyzji. Brak uzasadnienia tej decyzji czyni ją pozorną i sprzeczną z zasadami uczciwej procedury, a w konsekwencji – bezskuteczną.
Zamawiający rzekomą zasadność swojej decyzji osadza na rzekomym nie wykazaniu przez odwołującego, w jaki sposób ujawnienie treści ofert czy kalkulacji miałaby prowadzić do uzyskania przewagi konkurencyjnych przez innych konkurentów (a co przy tym dodatkowo utwierdza odwołującego w przekonaniu, że zamawiający nie zapoznał się z uzasadnieniem przedstawionym przez odwołującego).
Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał dokładnie w jaki sposób ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby doprowadzić do powstania szkody po jego stronie np. na stronie 22 wyjaśnień RNC oraz na str. 24.
Odwołujący przedstawił zatem zamawiającemu cały „pakiet" potencjalnych szkód, które mogą hipotetycznie powstać, w

przypadku odtajnienia zastrzeżonych przez niego informacji. Tymczasem zdaje się, że niezależnie od tego jaką hipotetyczną szkodę przedstawiłby odwołujący lub jakikolwiek inny wykonawca zamawiającemu, każda okoliczność byłaby niewystarczająca dla zamawiającego. Jednocześnie nie sposób przejść obojętnie wobec nasuwającej się refleksji, że wykonawcy nie są w stanie skonkretyzować dokładnie szkody wynikającej z odtajnienia danej informacji, dopóki ta szkoda faktycznie nie wystąpi i wykonawca nie pozna jej skali. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie polega jednak na tym, aby przedstawiać swoje doświadczenia w tym zakresie (jak bowiem miałby wykazać taką szkodę wykonawca, której do tej pory jej nie doznał?), lecz na zaprezentowaniu zamawiającemu potencjalnych, ale realnych ryzyk związanych z ujawnieniem informacji utajnionych. Odwołujący zwrócił uwagę, że ani przepis art. 11 ust. 2 Uznk ani też przepis art. 18 ust. 3 ustawy nie wskazuje na obowiązek przedstawiania przez wykonawcę ścisłej szkody związanej z odtajnieniem danych informacji. Opieranie się zatem przez zamawiającego na argumencie sprowadzającym się do subiektywnej tezy o braku wskazania konkretnych szkód (co mija się z prawdą, albowiem odwołujący wskazał te szkody, o czym świadczą przywołane wyżej fragmenty), czyni czynność odtajnienia wyjaśnień RNC wadliwą.
Powołał również wyrok Izby z dnia 20 listopada 2020, sygn. akt KIO 2781/20
Odwołujący w przedłożonym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, kompleksowo powiązał wartość gospodarczą z hipotetyczną szkodą, która zaś może zmaterializować się po powzięciu przez zamawiającego czynności zaskarżonych niniejszym odwołaniem.
Przedstawione zamawiającemu rozwiązania i założenia są wynikiem wieloletnich doświadczeń, specjalistycznej wiedzy oraz analizy rynkowej, co nadaje im wymiar tajemnicy przedsiębiorstwa. Już więc bardzo powierzchowne zapoznanie się zamawiającego z zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa zakresem powinno było naprowadzić go na wniosek, iż informacje te są unikalne, albowiem prezentują wynik doświadczeń i wiedzy odwołującego.
Odwołujący nie może się przy tym zgodzić z subiektywnym przekonaniem zamawiającego, jakoby wszystkie informacje związane z ceną oferty automatycznie nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (tak na str. 9 uzasadnienia decyzji o odtajnieniu wyjaśnień RNC). Zamawiający sprowadza kwestie utajnienia informacji związanych z poszczególnymi wartościami składowymi ceny do uproszczonego schematu: jeśli informacja dotyczy ceny oferty = jawna. Takie zapatrywanie jest wadliwe i jedynie potwierdza niedbałość zamawiającego w ocenie samych wyjaśnień RNC, jak i zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.
Zastrzeżone informacje obejmują opis sposobu kalkulacji ceny oferty, w tym wskazujący na przyjętą przez wykonawcę metodologię sposób jej wyliczenia, sposób wykonania zamówienia, organizację, założenia i szeroko pojęty knowhow – stanowiący o konkurencyjności odwołującego na danym rynku.
Konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co niejednokrotnie potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza np. w wyroku z 10 listopada 2022 r.
Odwołujący zwrócił uwagę na sam charakter zastrzeżonych informacji i dokumentów. Dokonane przez odwołującego zastrzeżenie nie miało bowiem charakteru bezrefleksyjnego, ani nie zmierza do ograniczenia innym wykonawcom możliwości weryfikacji oferty odwołującego. To czego zdaje się nie dostrzegać zamawiającego to fakt, iż w treści utajnionych dokumentów czy informacji odwołujący przedstawił informacje, które powstały wyłącznie w oparciu o wiedzę i doświadczenie odwołującego. Trudno w przekonaniu odwołującego znaleźć inny rodzaj informacji, które zasługiwałyby na ochronę, aniżeli dokumenty prezentujące konkretne założenia cenowe, które są pochodną indywidualnej pracy i starań wykonawcy. W utajnionych dokumentach zaprezentowano bowiem szczegółowe, niewymagane na etapie składania oferty, kalkulacje ceny ofertowej, oferty bliskiego kręgu podwykonawców odwołującego czy dokumenty związane bezpośrednie z wewnętrznym funkcjonowaniem konsorcjantów (umowy, oświadczenia, regulaminy). Dokumenty te mogły powstać tylko w oparciu o wiedzę, doświadczenie czy know-how odwołującego. Zawierają rozwiązania, które mogą być unikalne i mogą się różnić od standardowych metod i podstaw (ofert) kalkulacji stosowanych na rynku przez innych wykonawców. Zastrzeżone informacje wypełniają więc znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa.
Odwołujący wskazał, że przedłożone przez niego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa precyzowało dokładnie w czym odwołujący upatruje dokładnie tej wartości w zakresie poszczególnych dokumentów czy informacji. Twierdzenie zamawiającego, zgodnie z którym wyjaśnienia RNC i załączniki do nich nie posiadają wartości gospodarczej (a odwołujący wykazał wyłącznie „ogólnikowo" ich wartość) uznać należy za nieuzasadnione. Szczegółowość informacji zaprezentowanych przez odwołującego w rzeczonych wyjaśnieniach pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że zawierają one informacje o metodologii i sposobie przygotowania i skalkulowania ceny ofertowej oraz właściwych jedynie dla odwołującego okolicznościach, a zatem obejmują know-how wykonawcy. Jego ujawnienie niewątpliwie narazi go na niepowetowaną szkodę, co dodatkowo świadczy o wartości gospodarczej przedmiotowych informacji.
W zakresie drugiej z przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 Uznk, zamawiający przedstawił dwa sprzeczne ze sobą wnioski co do faktu wykazania tej przesłanki przez odwołującego. Z jednej bowiem strony na wstępie dokonywanej analizy na stronie 10 uzasadnienia o odtajnieniu wyjaśnień RNC zamawiający wskazał, że: „Przechodząc do drugiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tj. że informacje jako całość lub w

szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, należy wskazać, że przesłanka ta jest spełniona z uwagi na oświadczenie wykonawcy oraz trudności dowodowe dotyczące wykazywania jej spełnienia.”.
Na stronie 11 tego samego pisma zamawiający wskazał zaś z kolei: „Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że wykonawca nie wypełnił drugiej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ze względu na brak dowodów, oświadczenie Wykonawcy należy uznać za niewystarczające do jej wykazania.”.
Już tak pobieżna analiza uzasadnienia decyzji o odtajnieniu wyjaśnień RNC skłania ku wyraźnej refleksji, że uzasadnienie zamawiającego nie może ostać się jako prawidłowe i rzetelne. Zamawiający zdaje się nie przeanalizował ani nie ocenił faktycznie treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wyłącznie – automatycznie – przyjął, że odwołujący nie wykazał spełnienia drugiej z przesłanek określonej w art. 11 ust. 2 Uznk.
W ocenie odwołującego zamawiający zdaje się mylić charakter drugiej przesłanki art. 11 ust. 2 Uznk, błędnie uważając, że jej cel powiązany jest z pierwszą przesłanki art. 11 ust. 2 Uznk. Zamawiający wskazał bowiem, że: „Wykonawca nie wykazał, czy otrzymał od potencjalnych podwykonawców potwierdzenie, że ustalenia dotyczące treści ofert, a także same oferty, były dla tych podwykonawców traktowane jako poufne. W związku z tym, nie wykazał, że podwykonawcy podjęli odpowiednie działania mające na celu zapewnienie poufności zastrzeżonych informacji.”.
Przesłanka druga art. 11 ust. 2 Uznk nie dotyczy jednak sfery formalnej, którą zrównać należy z podjęciem określonych czynności. W przypadku tej przesłanki mamy do czynienia z okolicznościami negatywnymi, których wykazanie nie jest możliwe (nie da się bowiem udowodnić, że np. dana informacja nie trafiła do obiegu), względnie takimi okolicznościami, w przypadku których posłużenie się materiałem dowodowym nastręcza szeregu obiektywnych trudności.
Odwołujący ujął informacje związane z tą przesłanką w swoim uzasadnieniu, wskazując, że dostęp do zastrzeganych informacji ma wyłącznie wąskie grono osób przygotowujących ofertę. Odwołujący wskazał bowiem, że: „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.”. Oprócz tego Odwołujący wskazał, że: „Informacje w tym szczególnym zestawieniu nie są powszechnie znane i nie są łatwo dostępne.”.
Analizowana przesłanka z art. 11 ust. 2 Uznk została zatem spełniona – zastrzeżone przez odwołującego dokumenty nie są powszechnie znane podmiotom konkurencyjnym. Zamawiający nie wykazał przy tym w żaden sposób, aby stan faktyczny był odmienny.
Zamawiający zdaje się całkowicie bezrefleksyjnie uznał, że przesłanka ta powinna była zostać w szczegółowy sposób wykazana (udowodniona), podczas gdy taki wymóg nie tylko nie wynika z przepisów prawa, ale także z przyczyn czysto pragmatycznych nie jest możliwa (nie można udowodnić, że dana informacja nie jest publicznie znana). Odwołujący w sposób odpowiadający ustawowym wymogom, sprostał spełnieniu przesłanki drugiej z art. 11 ust. 2 Uznk.
Zamawiający nie zakwestionował w swojej decyzji o odtajnieniu wyjaśnień RNC okoliczności niespełnienia przez odwołującego trzeciej z przesłanek wskazanych art. 11 ust. 2 Uznk, stąd w tym zakresie nie występuje potrzeba rozwijania i wykazywania, że odwołujący podołał jej wykazaniu.
4 czerwca 2025 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.
5 czerwca 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołowska 5, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13 i COALVI spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Saragossie, c/George Stephenson 46 zgłosili swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Umocowanie do wniesienia odwołania wykazano ciągiem pełnomocnictw. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania, a ewentualne uwzględnienie zarzutów oraz wniosków odwołującego może uniemożliwić przystępującemu uzyskanie zamówienia, w wyniku czego przystępujący poniósłby szkodę. Jednocześnie w interesie przystępującego jest podtrzymanie decyzji zamawiającego, którą bezzasadnie kwestionuje odwołujący, jako decyzji wynikającej z prawidłowego zastosowania przepisów ustawy.

Stan faktyczny:

Zastrzeżenie skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy PPMT-PKP:
Wykonawca PPMT-PKP oświadczył, że informacje lub dokumenty załączone do odpowiedzi z 5 maja 2025 r. na wezwanie zamawiającego z 16 kwietnia 2025 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy, w tym w szczególności:
-informacje niejawne udostępnione zamawiającemu w części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa (we fragmentach oznaczonych w treści wyjaśnień jako „początek” i „koniec” tajemnicy przedsiębiorstwa);

-wszystkie załączniki do ww. Wyjaśnień (poza zaświadczeniem ZUS z 12.02.2025 r. oraz oświadczeniem PPMT z 29.04.2025 r.), w szczególności: umowa z Projektantem, oferty kontrahentów załączone do wyjaśnień; kosztorysy kontrahentów; szczegółowa kalkulacja ceny oferty; Umowy o pracę załączone do Wyjaśnień i ich zmiany; korespondencja pomiędzy Wykonawcą a jego kontrahentami;
- wszystkie załączniki do niniejszego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (zastrzeżenie tajemnicy dokonane w niniejszym piśmie nie ma charakteru niejawnego – jedynie jego załączniki).
- stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm. (dalej jako „u.z.n.k.").
Wykonawca zastrzegł niejawność wyżej wskazanych informacji lub dokumentów, tj. części niejawnej wyjaśnień oraz ww. załączników w całości, zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy.Gdyby w ocenie zamawiającego jakakolwiek część zastrzeżonych informacji lub dokumentów podlegała odtajnieniu, wykonawca wnosił o podjęcie w tym zakresie czynności przez zamawiającego, połączonej ze wstrzymaniem się przez niego z udostępnieniem odtajnionych informacji lub dokumentów innym oferentom lub podmiotom trzecim do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania przez wykonawcę, które to odwołanie zostanie wniesione – jedynie w ten sposób zamawiający może uchronić się przed ew. roszczeniami wykonawcy, z tytułu naruszenia jego tajemnicy przedsiębiorstwa, a także optymalnie prowadzić postępowanie, z poszanowaniem uprawnień wykonawcy.
Odwołujący powołał art. 18 ust. 3 i 222 ust. 5 ustawy oraz art. 11 ust. 2 uznk.
Wszystkie ww. zastrzeżone informacje i dokumenty spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z ww. przepisem.
W konsekwencji zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje oraz dokumenty nie mogą być udostępniane innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie, jak i żadnym podmiotom trzecim.
Dokonując zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca kierował się zasadą minimalizmu, tj. nie dokonał zastrzeżenie całości wyjaśnień, lecz jedynie tej ich części, która dotyczy wrażliwych danych zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:
•części wyjaśnień, które zawierają informacje co do sposobu przygotowania i kalkulacji oferty, w tym w zakresie w jakim ów wyjaśnienia dot. dokonania przedmiarów i wstępnych założeń projektowych oraz robót wymienionych w przewidzianym przez zamawiającego Rozbiciu Cen Ofertowych (dalej: „RCO"),
• elementów i sposobu kalkulacji ceny oferty,
• ofert i danych kontrahentów wykonawcy oraz sposobu kalkulacji ich ofert,
•danych dotyczących indywidualnie wynegocjowanych cen na niektóre materiały, usługi i roboty budowlane;
• umów o pracę załączonych do wyjaśnień oraz ich zmian,
•innych dokumentów dot. ww. zagadnień bądź szczegółowego sposobu realizacji zamówienia.
Wskazał, że niewątpliwie ww. informacje zawarte w przedmiotowych dokumentach mają oczywistą wartość gospodarczą dla wykonawcy i są informacjami wskazującymi na sposób organizacji przedsiębiorcy. Informacje te należy zakwalifikować jako informacje organizacyjne istotne z punktu widzenia działalności i żywotnych interesów przedsiębiorstwa wykonawcy.
Sposób kalkulacji ceny, zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi oczywiste know–how przedsiębiorcy. Wszystkie te dane wskazują jednoznacznie na sposób budowania przez wykonawcę ceny oferty i jej elementów kluczowych, a także o poziomie cen, jakie wykonawca jest w stanie uzyskać.
Co więcej, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu tego zamówienia, która obejmuje wiele branż robót budowlanych i usług niekwalifikowanych stricte jako roboty budowlane, stwierdzić należy że przedstawione wyjaśnienia oraz załączone kalkulacje i oferty podwykonawców dotyczą sposobu skalkulowania przez wykonawcę ceny ofertowej i jej elementów kluczowych, jak i skalkulowania i poziomu cen dla poszczególnych elementów zamówienia. Sposób kalkulacji tych elementów ceny, w szczególności w odniesieniu do elementów zamówienia w zakresie poszczególnych branż, np. przebudowy sieci gazowych, robót branży elektrycznej czy też robót dot. urządzeń SRK lub urządzeń teletechnicznych ujawnia również know-how poszczególnych kontrahentów - podwykonawców.
Wypracowany sposób wyceny, wskazane poziomy kosztów oraz informacje na temat wypracowanych relacji ze sprawdzonymi kontrahentami stanowią bardzo istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwalają mu na budowę jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi na rynku robót dotyczących infrastruktury drogowo-kolejowej. Gdyby informacje zawarte w wyjaśnieniach wraz z załącznikami do niej były udostępnione konkurentom, wówczas mogliby oni zyskać istotną przewagą nad wykonawcą przez wykorzystanie tej wiedzy przy ofertowaniu i realizacji zamówień o podobnym przedmiocie.
Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i jedno z najważniejszych know-how wykonawcy, z uwagi na fakt, że sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwala na zaoferowanie korzystnych cen, a po drugie pozwala na zrealizowanie zamówienia za zaoferowane wynagrodzenie, jest podstawą rentowności

przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny i relacje biznesowe dotyczące kooperacji z kontrahentami na rynku infrastruktury drogowo-kolejowej wypracowane przez wiele lat i w oparciu o doświadczenia wynikające z wcześniejszych realizacji, stanowią oczywistą wartość gospodarczą.
Tajemnicę przedsiębiorstwa z powyższych przyczyn stanowią dane zawarte w przedłożonych ofertach podwykonawców – kontrahentów wykonawcy. Co istotne informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa zarówno dla wykonawcy (jako źródło i ceny dostaw od podmiotów trzecich), jak i jego kontrahentów – co najmniej dla tej części, która wskazała to wprost w ofertach załączonych do wyjaśnień.
Podkreślił, że utajnienie powyższego jest zgodne z prawem, bowiem jak trafnie wskazał Sąd Antymonopolowy w postanowieniu z dnia 30.10.1996 r., XVII Amz 3/96.
Wartość gospodarcza, która nie zawsze musi być wyrażana w kwocie nominalnej, wszystkich zastrzeżonych informacji przejawia się zatem przede wszystkim w możliwości efektywnego konkurowania z innymi podmiotami działającymi na rynkach właściwych oraz w tym, że wykonawca poniósł szereg nakładów czasowych (a tym samym kosztowych) w celu wypracowania określonej metodyki kalkulacji ceny i budowy całego zespołu osób niezbędnych dla realizacji takiego zamówienia oraz wypracowanie niezawodnych relacji biznesowych z kontrahentami, pozwalających na skonstruowanie tak konkurencyjnej oferty – w tym przez dokonanie na własne potrzeby wstępnych przedmiarów robót.
Powyższe kwestie są szczególnie istotne w tym postępowaniu, które dotyczy zamówienia polegającego na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych. W tego typu zamówieniach, kluczowym dla budowy przewagi konkurencyjnej w prawidłowo skalkulowanej ofercie jest przyjęcie wstępnych założeń projektowych, którym podporządkowana jest wycena poszczególnych prac projektowych i robót, wymienionych w przewidzianym przez zamawiającego RCO. Te założenia bowiem razem z przedmiarami robót określają w jaki sposób dojdzie do realizacji zamówienia przez danego wykonawcę, co warunkuje w znacznym zakresie zakres robót, a więc i zakres niezbędnych materiałów oraz przede wszystkim sposób wykonania tych robót.
Ponadto, przedmiot zamówienia (ogółem) jest przedmiotem wyjątkowym w skali całego kraju. Objawia się to przede wszystkim w jego złożonym charakterem oraz warunkami w jakich będzie realizowane zamówienie. Nie można więc w żaden sposób stwierdzić, że sporządzone przez wykonawcę szczegółowe wyceny mają charakter powtarzalny albo polegały na prostym wypełnieniu przedmiarów i RCO udostępnionych przez zamawiającego. Są to dane będące wynikiem rzetelnych i długotrwałych analiz, które dotyczą koncepcji realizacji zamówienia przez PPMT, które są charakterystyczne dla tego „podmiotu" (wynikają z jego „know-how" przy realizacji tego typu inwestycji).
Nie jest to zatem sytuacja analogiczna jak przy e.g. „zwykłych" dostawach, gdzie najistotniejsza jest możliwość posiadania dostawcy z konkurencyjnymi cenami bądź bycia przez danego wykonawcę tym dostawcą.
Z powyższym wprost powiązana jest bardzo ważką kwestia jaką jest okoliczność, że nie jest pewne, czy w wyniku niniejszego postępowania zamawiającemu uda się wybrać wykonawcę i udzielić zamówienia. Możliwe jest, co niejednokrotnie miało miejsce, że zamawiający zmuszony będzie zakończyć postępowanie jego unieważnieniem, a następnie ogłosić nowe postępowanie na ten przedmiot zamówienia. W takich okolicznościach, w przypadku ujawnienia zastrzeganych informacji w związku z wyjaśnieniami dot. ceny oferty wykonawcy w tym postępowaniu, konkurenci wykonawcy – będą dysponowali informacjami o sposobie wyceny oferty, poziomach wycen jakich dokonali jego kontrahenci w zakresie robót i usług potrzebnych do realizacji tego zamówienia. Mając takie kluczowe informacje, w przypadku powtórzenia postępowania, konkurenci będą dążyć do wykorzystania tych informacji przy ponownej wycenie swoich ofert przez docieranie do tych kontrahentów, a następnie przejmowanie i zaciąganie ich korzystnych wycen do swoich ofert. Taka sytuacja byłaby szczególnie niekorzystna dla wykonawcy i miałaby znamiona nieuczciwej konkurencji, ponieważ z jednej strony pozwalałaby konkurencji na nieuczciwą i bez kosztową niwelację istotnych przewag rynkowych PPMT, a z drugiej strony wykonawca nie byłby w stanie uzyskać podobnej wiedzy o ofertach swoich konkurentów, co postawiłby go w bardzo niekorzystnej, niesymetrycznej sytuacji. Odtajnienie zastrzeżonych informacji i dokumentów prowadziłoby per se do przyszłego naruszenia równego traktowania wykonawców.
Wskazał, że powyższe uwagi w swojej istocie się aktualne są o odniesieniu nie tylko do sytuacji powtórzenia postępowania na to zamówienie, ale również w odniesieniu do zamówień podobnych przedmiotowo w branży infrastruktury drogowokolejowej.
Choć, jak wskazano wyżej, wartość gospodarcza informacji nie zawsze musi się wyrażać kwotą nominalną, to jednak wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych wyjaśnieniach, na kwotę nawet do 80.000.000,00 zł (słownie: osiemdziesięciu milionów złotych 00/100 zł), tj. stanowiącą szacowaną równowartość 3 – letnich spodziewanych zysków wykonawców z tytułu realizacji zamówień o podobnym przedmiocie, jak objęty tym postępowaniem.
Powyższa wycena wartości informacji została ustalona w związku z tym, że w razie ujawnienia tych informacji prawdopodobieństwo wystąpienia szkody jest duże. Istniałby również związek przyczynowy między faktem ujawnienia informacji w tym konkretnym postępowaniu przez zamawiającego a szkodą, która wystąpi. Jak wynika z wiedzy

wykonawcy, w przyszłości planowane będą wszczynane postępowania o zamówienia podobnym przedmiocie, a zapotrzebowanie ze strony podmiotów publicznych na tego rodzaju roboty budowalne będzie rosło w miarę przygotowywania absorpcji środków unijnych oraz realizacji dużych, analogicznych inwestycji infrastrukturalnych powiązanych z budową elektrowni atomowych i Centralnego Portu Komunikacyjnego. Informacje pozyskane przez konkurencyjnych wykonawców mogłyby im posłużyć do walki konkurencyjnej w tych postępowaniach. Szkodą w takim przypadku jest utracony zysk z takich nieuzyskanych zamówień. Taka przewidywana szkoda pokazuje z kolei wartość zastrzeżonych informacji.

Wykonawca wskazał, że chroni tajemnicę swojego przedsiębiorstwa przez m.in.:

•dołączanie do Umowy o pracę „zobowiązania do zachowania tajemnicy służbowej" (Załącznik nr 1);

•zastrzeżenie w Regulaminie Pracy, że zgodnie z § 68 ust 1 pkt 19 Regulaminu „nieprzestrzeganie tajemnicy państwowej, służbowej lub przedsiębiorstwa pracodawcy", stanowi ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych za które pracownik ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną (Załącznik nr 2);

•przedstawienie w załączniku nr 7 do Regulaminu Pracy wykazu informacji wykonawcy, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (Załącznik nr 2);

•przyjęcie i stosowanie „Instrukcji ustalania zasad kwalifikacji, ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w PPMT" stanowiącej załącznik nr 1 do uchwały 104 Zarządu Spółki Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku z dnia 10 czerwca 2015 roku (załącznik nr 3);

•stosowane zapisy w umowach z podwykonawcami. Zgodnie z § 6 ust. 5 wzoru umowy „Podwykonawca zobowiązuje się zachować w poufności wszelkie informacje dotyczące wykonawcy lub zamawiającego, uzyskane w związku z zawarciem lub realizacją niniejszej umowy, w szczególności informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy lub zamawiającego w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j.), w tym nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, z wyjątkiem sytuacji, gdy ich ujawnienie jest wymagane przez przepisy prawa, zostały podane do wiadomości publicznej przez wykonawcę albo gdy wykonawca wyrazi zgodę na ich ujawnienie." (Załącznik nr 4);

•stosowanie umowy o zachowaniu poufności zawieranej z podwykonawcami lub dostawcami, gdy jest to w ocenie PPMT zasadne (Załącznik nr 5).

Powyższe dokumenty określają organizację pracy i funkcjonowania przedsiębiorstwa wykonawcy we wrażliwych aspektach bezpieczeństwa informacyjnego. Wyżej opisane okoliczności dot. wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji zostały wprost ujęte w przywołanych dokumentach dot. bezpieczeństwa tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Regulacja te zostały wypracowane w toku funkcjonowania i rozwoju PPMT. W toku ich tworzenia oraz niezbędnych modyfikacji korzystano z usług profesjonalnych podmiotów, które w ramach zleceń jak i z uwagi na naturę swojej działalności związane są tajemnicą zawodową. Organizacja wewnętrznego funkcjonowania wykonawcy opisana m.in. tymi regulacjami pozwala na określenie jasnych wymogów w odniesieniu do osób zatrudnionych, co przekłada się na harmonijną organizację pracy, a tym samym wprost przekłada się na zdolność konkurowania i realizacji złożonych przedsięwzięć infrastrukturalnych, które są przedmiotem tego zamówienia. Jest ona również niezbędna dla utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa, pozwalającego osiągnąć niezbędną przewagę w wysoce konkurencyjnym środowisku.

Na dopuszczalność zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa powyższych informacji wskazuje także z orzecznictwo, w tym przede wszystkim orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO"). Przykładowo należy wskazać na rozstrzygnięcie zawarte w nw. wyrokach:

-wyrok KIO z dnia 17.02.2016 r. (KIO 149/16), wyrok KIO z dnia 10.07.2018 r. (KIO 1257/18), wyrok KIO z dnia 10.07.2015 r. (KIO 1185/15, KIO 1189/15, KIO 1191/15, KIO 1199/15, KIO 1208/15, KIO 1209/15 oraz KIO 1211/15), wyrok KIO z 22.11.2013 r. (KIO 2602/13), wyrok KIO z 20.02.2013 r. (KIO 290/13), wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia4.04.2014 r. (II SA/Wa 2406/13), wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 8.05.2007 r. (XIX Ga 167/07).

Wykonawca oświadczył, że zastrzeżone informacje są objęte przez wykonawcę poufnością w ramach jego organizacji.

Wykonawca wskazał, że zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i w żaden sposób nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. wykonawca podejmuje działania zmierzające do zachowania poufności wszystkich informacji objętych wyjaśnieniami.

Wykonawca podjął zespół działań w celu zachowania poufności wszystkich ww. informacji.

W pierwszej kolejności dane zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w swym zestawieniu zostały udostępnione ograniczonej grupie osób, tj. osobom zarządzającym wykonawcy oraz jego kluczowym pracownikom. Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji na mocy przepisów prawa: członkowie zarządu

zobowiązani są do zachowania poufności w związku z wynikającym z przepisów ustawy z dnia 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych, obowiązkiem należytego wykonywania powierzonej im funkcji oraz obowiązkiem dbałości o dobro reprezentowanego przez nich podmiotu; natomiast takowy obowiązek pracowników wynika m.in. z art. 100 ustawy z dnia 26.06.1974 r. Kodeks pracy (dalej: „Kodeks pracy").

Ponadto wszyscy pracownicy wykonawcy podpisują odrębne zobowiązanie do zachowania poufności (załącznik nr 1). Taki obowiązek wynika również z Regulaminu pracy (załącznik nr 2) i innych regulacji wewnętrznych określających procedury i polityku obowiązujące u wykonawcy w zakresie udostępniania informacji poufnych, istotnych z punktu widzenia ich przedsiębiorstw (e.g. załącznik nr 3).

Całość części utajnionej jest przechowywana przez wykonawcę z zachowaniem odpowiednich procedur bezpieczeństwa.

Archiwa z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanych katalogach sieciowych z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla upoważnionych pracowników. wykonawcę obowiązują odpowiednie zasady, co do postępowania z taką poufną informacją (dokumentacją), która jest przechowywana w zabezpieczonych (zarówno elektronicznymi systemami dozoru, jak i tradycyjnym zamkiem) miejscach, do których dostęp mają tylko ww. osoby. Szczegółowe zasady określa „Instrukcja ustalania zasad klasyfikacji, ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w spółce Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. w Gdańsku", stanowiąca załącznik nr 3 do niniejszego zastrzeżenia.

Pracownicy oraz współpracownicy dopuszczeni do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, są poinformowani o ich poufnym charakterze i zostali umownie zobowiązani do zachowania poufności (co wskazano wyżej). W tym miejscu wykonawca wskazuje, że zobowiązania mają charakter trwały, tj. osoby są związane do zachowania poufności zarówno w okresie trwania pracy/współpracy jak i po tym okresie.

Ponadto wykonawca wskazuje, że w ramach swojej organizacji dba o podnoszenie świadomości pracowników i współpracowników dotyczącej wagi zachowania poufności istotnych informacji przez cykliczne przypominanie pracownikom wykonawcy o treści art. 100 § 2 pkt 4 i 5 Kodeksu pracy (zgodnie z którym pracownik jest obowiązany w szczególności: dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę, a także – przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach) oraz cykliczne szkolenia pracowników oraz osób, z którymi wykonawca współpracuje, z wewnętrznych procedur obejmujących zasady postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zwrócić należy uwagę, że PPMT w szczególny dba o zachowanie poufności zastrzeżonych informacji, także przez:

-zastrzeganie ich jako tajemnica przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których wykonawca bierze udział (a także, w których wcześniej brał udział);

-ograniczenie kręgu osób, które mają dostęp do ww. informacji do niezbędnego minimum obejmującego wyłącznie pracowników wykonawcy i osoby, które uprzednio podpisały z wykonawcą umowę o zachowaniu w poufności tych informacji.

Podsumowując, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie mogą dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Jak już wskazano powyżej podjęte zostały odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania ww. informacji w tajemnicy, m.in. dane te nie są podawane w jakichkolwiek udostępnianych publicznie materiałach, w szczególności na stronach internetowych, a system informatyczny, w którym są zamieszczone, został odpowiednio zabezpieczone przed nieuprawnionym dostępem.

Załączniki:

1) Zobowiązanie do zachowania tajemnicy służbowej, z którego wynika, że pracownicy odwołującego PPMT-PKP mają obowiązek złożyć oświadczenie o zobowiązaniu się do zachowania tajemnicy służbowej. Wskazany jest czas jego obowiązywania, katalog informacji objętych tajemnicą i sankcja za niedotrzymanie zobowiązania.

2) Regulamin Pracy PPMT Sp. z o.o. z którego dla tej sprawy mają znaczenie par. 7 pkt. 10 i 11, par. 9(1), par. 13, par. 14, par. 14(1), par. 14(2) par. 68 pkt., 19 par. 73 oraz załącznik nr 7 wykaz informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa i jego pkt. 11, 16, 18, 22, 23, 25

3)Instrukcja ustalania zasad kwalifikacji, ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w PPMT Sp. z o.o., który reguluje zasady kwalifikacji, dostępu, bezpieczeństwa, postępowania w przypadku naruszenia tajemnicy oraz odpowiedzialności oraz zawiera załączniki 1 i 2 również istotne dla ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa

4) Wzór umowy podwykonawczej – zachowania w poufności dotyczy par. 6 ust. 5

5) Wzór umowy o zachowaniu poufności – cała umowa, przy czym par. 4 pkt. 2 określa wysokość kary umownej w przypadku ujawnienia informacji poufnej

6) Wzór umowy o pracę

Załączniki do wyjaśnień zaaferowanej przez odwołującego PPMT-PKP ceny, które zawierają klauzule poufności lub

oznaczają dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa z zakazem dalszego ujawniania:
- 4,3 oferta ziemne, rozbiórki, podbudowy,
- 4.3 (…) oferta beton
- (…) – balustrady
- umowa z projektantem dot. współpracy pkt. 2.2.3 i art. 5 umowy,
- oferta aktualizacja (dot. Projektanta)
- oferta aktualizacja z rozbiciem RCO (dot. projektanta)
- oferta na wykonanie obiektów inżynieryjnych,
- oferta branży elektroenergetycznej,
- oferta roboty SRK
- wszystkie odpowiedzi na zapytania do podwykonawców dot. rozbicia na RMST

Zastrzeżenie skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa Mirbud-Transkol:
Wykonawca zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa oznaczą część wyjaśnień oraz załączone do niniejszych wyjaśnień załączniki w postaci ofert podwykonawców, dostawców oraz kalkulacji (załączniki 1-16 oraz 21-25).
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).
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 wnosił 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.
Wykonawca przedstawił uzasadnienie, w celu wykazania wartości gospodarczej informacji stanowiących wyjaśnienia cenowe, powszechnej niedostępności tych informacji, podjętych działań w celu utrzymania danych informacji w poufności oraz dowody obrazujące te starania. W tym miejscu wykonawca zaznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało sformułowana tak, by umożliwić zamawiającemu weryfikację prawidłowości zastrzeżenia danych informacji, w tym również konkurentom, jednocześnie by nie ujawnić informacji faktycznie zastrzeganych. W przypadku większej szczegółowości taka ochrona, nawet przy uznaniu prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez zamawiającego byłaby iluzoryczna.
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 wymagał 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: RCO. 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 przez 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 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 takie wielokrotnie przesądza o atrakcyjności cenowej złożonej

oferty, a ponadto w sposób istotny wpływa na wartość przedsiębiorstwa, 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 trwały element stosowanej u wykonawcy polityki cenowej. Względnie trwały 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. 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 zauważył, że nie przekreśla takiego charakteru (tajemnicy przedsiębiorstwa) zastrzeganych informacji fakt, że dotyczą one ceny ofertowej. Powołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z 8 czerwca 2018 r.
Na wartość gospodarczą kalkulacji ceny ofertowej (a co za tym idzie możliwości zastrzeżenia jej jako tajemnicy przedsiębiorstwa) zwrócił uwagę także Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 8 maja 2007 r., a także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10 listopada 2022 r. Wobec ugruntowanego poglądu Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, którego przykład stanowią cytowane wyżej judykatury, nie powinna budzić wątpliwości zamawiającego zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacji zawartych w niniejszym piśmie oraz załącznikach do niego.
Odnosząc się do wartości gospodarczej wyjaśnień cenowych, wykonawca po pierwsze podniósł, 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. Walor 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 przebicia oferty wykonawcy. Wpływ na konkurencję na rynku przez 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 przez 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 wzmacniali 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 posiądą 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. 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 wskazuje również na wypowiedź Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie XXII Ga148/19
Wykonawca podniósł, że ustawa, 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.
Odnośnie wyjaśnień cenowych, to wykonawca wskazał, 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 narusza interes wykonawcy, w ten

sposób, że może narazić wykonawcę na szkodę i zagrozić pozycji rynkowej wykonawcy, w tym uniemożliwić skuteczne konkurowanie 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 tajemnica 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 ustawy, 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. Wskazał wyrok Sądu Najwyższego z 7 marca 2003 roku (I CKN 89/01).

Utajnienia wymagają także dokumenty stanowiące odpowiednio oznaczone załączniki dot. uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że szereg działań podjętych przez wykonawców w swoich wewnętrznych strukturach stanowi przejaw swoistego 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 orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (np. wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 6 czerwca 2003 r., IV CKN 211/01; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., ICKN 304/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., I CKN 1159/00). Ponieważ informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz złożonych dowodach nie były udostępniane szerszemu kręgowi osób, zasadne jest zastrzeżenie wskazanych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.
Wykonawca zastrzegł, że wymienione wyżej informacje udostępnione zamawiającemu w związku z wezwaniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.
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 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 (wyrok SN z dnia 13 lutego 2014, V CSK 176/13; wyrok SN z dnia 28.02.2007 r. sygn. akt V CSK 444/06).
III. Działania podjęte przez wykonawcę w celu zachowania zastrzeżonych informacji i 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 wchodzą 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 21
[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.
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 informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku przygotowanie ofert – Mirbud – zał. 22 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
- deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania i wyjaśniania oferty (zespół ofertowy) - Mirbud – zał. 23 [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. 24 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
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;
•całokształt 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 przez nadanie im statusu „Tajemnicy Przedsiębiorstwa".
Odnośnie 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.
Odnośnie 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 zobowiązane 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.

Wykonawca 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 tyczące 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 ławo 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 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 wskazał, że wszystkie środki zabezpieczające tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązują w takim samym stopniu w strukturach Transkol.

ZAŁĄCZNIKI:

1. Oferta na przeprowadzenie procesu weryfikacji WE dla podsystemów (certyfikacja) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] zawiera zastrzeżenie, że stanowi tajemnice przedsiębiorstwa- ostatni akapit zd. 1
2.Oferta na wykonanie prac w branży energetycznej [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
3.Oświadczenie podwykonawcy o metodologii wyceny [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
4. Oferta na wykonanie branży SRK oraz branży telekomunikacyjnej [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – zawie informacje o tym, że stanowi tajemnice przedsiębiorstwa – w akapicie informacje dodatkowe
5. Oświadczenie podwykonawcy [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] – wskazuje, że informacje dotyczące rozbic RSMT stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i nie zostaną przekazane
6.Oferta na zakres: branży drogowej, obiekty kubaturowe, sieci i obiekty sanitarne, oraz roboty rozbiórkowe [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
7.Oferta na zakres: branży drogowej, obiekty kubaturowe, sieci i obiekty sanitarne, oraz roboty rozbiórkowe [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
8. Oferta na wykonanie obiektów inżynieryjnych [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
9. Kalkulacja własna [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
10.Oświadczenie Mirbud o średnim wynagrodzeniu [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]- zawiera oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa”
11.Oświadczenie Mirbud o modelu wynagrodzenia [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] - zawiera oznaczen „Tajemnica przedsiębiorstwa”
12.Kopia umowy o pracę (oświadczenie zmieniające) Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] - zawiera oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa”
13.Oświadczenie Transkol o średnim wynagrodzeniu – zał. 26 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
14.Oświadczenie Transkol o modelu wynagrodzenia – zał. 27 [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
15. Kopia umowy o pracę (Transkol) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
16. Kopia umowy o pracę (Transkol) [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
17. Zaświadczenie ZUS Mirbud
18. Zaświadczenie ZUS Transkol
19. Zaświadczenie US Mirbud
20. Zaświadczenie US Transkol
21.Oświadczenie informatyka podmiotu MIRBUD S.A. [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] - zawiera oznacze „Tajemnica przedsiębiorstwa”
22.Lista osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w toku przygotowanie ofert – Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] - zawiera oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa”
23.Deklaracje osób, które miały dostęp do zastrzeganych informacji, w toku przygotowania i wyjaśniania oferty (zespół ofertowy) - Mirbud [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA] - zawiera oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa”
24.Oświadczenie w sprawie stosowanych w przedsiębiorstwie klauzul umownych - Mirbud [TAJEMNICA

PRZEDSIĘBIORSTWA] zawiera wzory postanwień umownych w umowach z pracownikiem, B2B i podwykonawcą - zawiera oznaczenie „Tajemnica przedsiębiorstwa”
25. Oświadczenie podwykonawcy [TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA]
Odtajnienie informacji wykonawcy PPMT-PKP:
Pomijając wywody ogólne zamawiającego dotyczące przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wartości gospodarczej zamawiający wskazał na:
W odniesieniu do pierwszej przesłanki dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, która dotyczy informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, technologicznym lub handlowym, Wykonawca wskazał w swoich wyjaśnieniach oraz załączonych dokumentach ogólne informacje dotyczące metodyki kalkulacji ceny, wynikające z jego doświadczenia w realizacji podobnych robót. Wykonawca wskazał, że sposób kalkulacji ceny stanowi jego know-how, obejmując zarówno metodykę wyceny, jak i relacje z podwykonawcami. Ze względu na wielobranżowy charakter zamówienia obejmujący m.in. roboty gazowe, elektryczne, SRK i teletechniczne, wyjaśnienia i załączone kalkulacje przedstawiają szczegółowy sposób ustalenia ceny zarówno na poziomie ogólnym, jak i dla poszczególnych branż. Podkreślił, że informacje te mają charakter techniczny, organizacyjny i handlowy, a ich ujawnienie mogłoby narazić go na utratę przewagi konkurencyjnej. Dodał, że dane odzwierciedlają nie tylko jego doświadczenie, ale też sprawdzone rozwiązania i współpracę z kontrahentami, co nadaje im w opinii wykonawcy istotną wartość gospodarczą.
Przedstawiona przez wykonawcę argumentacja stoi w sprzeczności z utrwalonym stanowiskiem doktryny i judykatury. 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”, na co wskazuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r. w sprawie o sygn. II PK 49/14.
Wykonawca co prawda wycenił tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych Wyjaśnieniach, na kwotę nawet do 80 000 000,00 zł, która stanowi równowartość spodziewanych 3-letnich zysków wykonawcy z tytułu realizacji zamówień o podobnym charakterze. Jednak nie wykazał w jaki konkretnie sposób ujawnienie treści oferty miałoby prowadzić do przewagi konkurencyjnej, a w konsekwencji uniemożliwić wykonawcy zastrzegającemu tajemnicę pozyskanie przyszłych ofert w okresie trzech lat. Ponadto spodziewane zyski mają różny wymiar np. zysk netto, zysk brutto, EBIT, EBITDA i każdy znich ma inny wpływ na wycenę wartości przedsiębiorstwa. Zamawiający podzielił pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 9 maja 2023 r. KIO 1091/23. Zatem brak podstaw do uznania, że jedyny związek przyczynowo skutkowy w tak odległym okresie byłby wynikiem ujawnienia dokumentów złożonych w postępowaniu.
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 (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r. KIO 1091/23).
Powołał wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23.
Wbrew stanowisku Wykonawcy ujawnienie indywidualnych ustaleń handlowych, warunków współpracy czy modelu wyceny, stanowiłoby przekazanie strategicznych informacji konkurentom. Powołał orzeczenie KIO z dnia 31 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 708/23., wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 808/23 .
Analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy ujęta wyjaśnieniach wykonawcy nie pozwala na ustalenie, na czym miałoby polegać know-how przy kalkulowaniu ceny w tym postępowaniu. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób z treści oferty/ofert podwykonawcy i poczynionych z nich 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 miałby realnie wpływ na pogorszenia konkurencyjności.
Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. o sygn. akt KIO 808/23
Zastrzeżenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w analogicznym zakresie było przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej m.in. z dnia 05.10.2021 r. sygn. KIO 2427/21.
Analiza załączonych dokumentów prowadzi do wniosku, że nie spełniają one ustawowych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Dołączone przez wykonawcę załączniki, w tym przykładowe umowy o pracę, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa nie zawiera elementów stanowiących know-how, a jego treść opiera się na art. 29 Kodeksu pracy. Umowy zostały zanonimizowane, a informacje dotyczące zakresu obowiązków oraz stopnia zaszeregowania finansowego pracowników nie zasługują na objęcie ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa.
Ponadto, zaświadczenie ZUS pracodawcy, jako dokument urzędowy wydawany w celu przedstawienia ich innym

podmiotom, co do zasady nie może być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa.
Oferty podwykonawców złożone przez wykonawcę jako dowody do wyjaśnień rażąco niskiej ceny mają w przeważającej większości charakter ofert handlowych, i za wyjątkiem kilku, nie zawierają klauzul poufności. Odnosząc się do tych ofert w treści wyjaśnień wykonawca nie poruszył kwestii klauzuli poufności, nie przedstawiając uzasadnienia, dlaczego te dokumenty powinny podlegać zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i nie być udostępniane. Wykonawca powinien był szczegółowo wyjaśnić i udowodnić konieczność takiej ochrony. Z przedstawionych materiałów nie wynika, by inny wykonawca ubiegający się o zamówienie na ten sam towar otrzymałby odmienną ofertę cenową, w tym rabaty lub szczególne warunki handlowe. Dodatkowo, niektóre z ofert zawierają adnotację, że warunki mogą ulec zmianie oraz że informacje w nich zawarte mają charakter wyłącznie handlowy i czasowy. W związku z powyższym nie ma podstaw do uznania tych dokumentów za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.
Wzory umowy podwykonawczej i o zachowaniu poufności stanowią szablony, nieuzupełnione o indywidualne postanowienia, nie zawierają więc żadnych danych o charakterze strategicznym. Co istotne, w przypadku uzyskania zamówienia, treść takich umów – już zawierająca dane identyfikujące drugą stronę – podlega ujawnieniu w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zobowiązanie do zachowania tajemnicy służbowej jest to dokument powszechnie stosowany, którego treść – poza nazwą wykonawcy – nie zawiera żadnych danych wrażliwych. Informacja ta jest powszechnie dostępna i nie ma cech unikalności.
Regulamin pracy PPMT Sp. z o.o. stanowi implementację przepisów Kodeksu pracy (art. 100), a więc jego treść jest znana osobom zajmującym się zagadnieniami z zakresu prawa pracy. Instrukcja ochrony informacji jest dokumentem opisuje ogólne zasady postępowania z informacjami poufnymi, jednak nie zawiera żadnych danych, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy. Brak również wskazania, jaka jest jego wartość gospodarcza. Dodatkowo w świetle powyższego, dokumenty te mają charakter wzorcowy lub wynikają z przepisów powszechnie obowiązujących.
Nie wykazano, aby przedstawione informacje spełniały powyższe kryteria – przeciwnie, mają one ogólny charakter i nie wykraczają poza standard rynkowy.
Brakuje również dowodu, że ich ujawnienie mogłoby doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej.
Zastrzeżenie informacji, które są powszechnie dostępne, mają ogólny charakter lub wynikają z przepisów prawa, nie może być uznane za zasadne. Orzecznictwo KIO jednoznacznie potwierdza, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa nie przysługuje automatycznie, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy.
Wykonawca nie wypełnił pierwszej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., gdyż nie wykazał, w jaki sposób zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą ani jak ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na jego pozycję rynkową.
Przechodząc do drugiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tj. że informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, należy wskazać, że przesłanka ta jest spełniona z uwagi na oświadczenie wykonawcy oraz trudności dowodowe dotyczące wykazywania jej spełnienia.
Wykonawca wskazał, że zastrzeżone informacje zawarte w wyjaśnieniach oraz załącznikach nigdy nie zostały podane do publicznej wiadomości, nie są publicznie dostępne, a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Wykonawca deklaruje, że podejmuje działania mające na celu zachowanie poufności wszystkich informacji objętych Wyjaśnieniami. Wskazuje przy tym na konkretne środki ochrony, oparte na przepisach powszechnie obowiązującego prawa, w tym Kodeksie pracy oraz Kodeksie spółek handlowych. W szczególności Wykonawca podkreślił, że spółka PPMT dba o zachowanie poufności zastrzeżonych informacji przez zastrzeganie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których bierze udział lub brała udział wcześniej oraz ograniczenie dostępu do informacji wyłącznie do niezbędnego minimum obejmującego pracowników oraz osoby, które uprzednio zawarły z wykonawcą umowy o zachowaniu poufności. W ten sposób wykonawca wykazał, że w ramach swojej działalności podjął starania zmierzające do utrzymania poufności zastrzeżonych informacji.
Wątpliwości budzi jednak to, czy podjęte środki faktycznie świadczą o dochowaniu należytej staranności przez wykonawcę. W szczególności nie wykazano, aby potencjalni podwykonawcy potwierdzili, że ustalenia dotyczące treści ofert lub same oferty miały dla nich charakter poufny. Nie wykazano zatem, by również po stronie podwykonawców podjęto działania mające na celu zabezpieczenie zastrzeżonych informacji przed ujawnieniem. Należy przy tym podkreślić, że samo zastrzeżenie informacji jako poufnej nie oznacza automatycznie, że dany dokument spełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Z powyższego wynika, że dla skutecznego wykazania poufnego charakteru informacji niezbędne jest przedstawienie dowodów świadczących o rzeczywistym ograniczeniu ich dostępności oraz podjęciu skutecznych środków ochrony – również po stronie podmiotów współpracujących. W analizowanym przypadku takie działania nie zostały jednoznacznie wykazane.
Wykonawca nie wypełnił drugiej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ze względu na brak dowodów, oświadczenie wykonawcy należy uznać za niewystarczające do jej wykazania.

W zakresie trzeciej przesłanki wykonawca wskazał, że podjął działania zabezpieczające informacje przed ich nieuprawnionym ujawnieniem. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem
Krajowej Izby Odwoławczej, wykazanie spełnienia trzeciej przesłanki dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa – tj. podejmowania, z należytą starannością, działań w celu utrzymania informacji w poufności – musi nastąpić przy użyciu konkretnych dowodów. Takie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20.
Wykonawca podkreślił, że: dane zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w swym zestawieniu zostały udostępnione ograniczonej grupie osób, tj. osobom zarządzającym wykonawcy oraz jego kluczowym pracownikom. Wszystkie ww. osoby zobowiązane są do zachowania poufności ww. informacji na mocy przepisów prawa (…) Dodatkowo, wszyscy pracownicy wykonawcy podpisują odrębne zobowiązania do zachowania poufności (załącznik nr 1). Obowiązek ten wynika również z Regulaminu pracy (załącznik nr 2) oraz innych regulacji wewnętrznych, określających procedury i polityki obowiązujące u Wykonawcy w zakresie udostępniania informacji poufnych (załącznik nr 3). Wykonawca wskazał również, że wszystkie informacje objęte zastrzeżeniem są przechowywane z zachowaniem odpowiednich procedur bezpieczeństwa. Archiwa z materiałami elektronicznymi przechowywane są w zaszyfrowanych katalogach sieciowych z dostępem ograniczonym wyłącznie do upoważnionych pracowników. Dokumenty są przechowywane w zabezpieczonych pomieszczeniach, chronionych zarówno przez elektroniczne systemy dozoru, jak i tradycyjne zamki, do których dostęp mają jedynie osoby uprawnione. Szczegółowe zasady postępowania z informacjami poufnymi określa „Instrukcja ustalania zasad klasyfikacji, ochrony i udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w spółce Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe sp. z o.o. w Gdańsku" (załącznik nr 3 do zastrzeżenia).
Wykonawca zaznaczył również, że pracownicy oraz współpracownicy dopuszczeni do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zostali poinformowani o poufnym charakterze tych danych i podpisali stosowne zobowiązania. Jak wskazano, zobowiązania te mają charakter trwały – obowiązują zarówno w trakcie trwania zatrudnienia lub współpracy, jak i po ich zakończeniu.
W świetle przedstawionych dowodów należy uznać, że wykonawca spełnił trzecią przesłankę ustawową – skutecznie wykazując, iż w jego przedsiębiorstwie funkcjonują i są stosowane zasady ochrony informacji mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.
W świetle przedstawionych dowodów, należy uznać, że wykonawca spełnił trzecią przesłankę, wykazując, że w przedsiębiorstwie obowiązują zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.
Zamawiający dokonał odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ze względu na niewykazanie spełnienia pierwszej i drugiej przesłanki przewidzianych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przez co jego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne.
Odtajnienie informacji zastrzeżonych przez wykonawcę Mirbud-Transkol:
Pomijając wywody ogólne zamawiającego dotyczące przesłanek skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wartości gospodarczej zamawiający wskazał na:
W odniesieniu do pierwszej przesłanki dotyczącej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, która dotyczy informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, technologicznym lub handlowym, wykonawca wskazał w swoich wyjaśnieniach, że dokumenty, które zostały oznaczone jako zastrzeżone, zawierają szereg istotnych informacji, przede wszystkim szczegóły dotyczące metod kalkulacji, dane cenotwórcze, które są dostępne i wykorzystywane w procesie ustalania cen. Oprócz tego dokumenty te zawierają informacje o partnerach biznesowych oraz kontrahentach, a także warunki współpracy, które są dostępne dla tej strony. Dodatkowo znajdują się w nich informacje o wewnętrznej strukturze organizacyjnej Wykonawcy, które obejmują zarówno dane organizacyjne, jak i inne informacje mające w jego opinii wartość gospodarczą. Wykonawca, odwołując się do orzeczeń oraz ogólnych informacji, wykazywał wartość gospodarczą oraz powszechną niedostępność przedmiotowych danych. Zwrócił uwagę, że sposób kalkulacji oferty stanowi jedno z kluczowych narzędzi w budowaniu przewagi konkurencyjnej, szczególnie wśród przedsiębiorców ubiegających się o zamówienia objęte rygorami ustawy Pzp. Z tego względu, sposób kalkulacji oferty ma istotny wpływ na atrakcyjność cenową propozycji, a także w znaczący sposób kształtuje wartość przedsiębiorstwa, której istotnym elementem jest jego marka. Metoda kalkulacji ceny oferty była również istotnym czynnikiem w wypracowywaniu przewagi konkurencyjnej w przedmiotowym przetargu, w którym kryterium ceny stanowiło najistotniejszy element oceny ofert.
Przedstawiona przez wykonawcę argumentacja stoi w sprzeczności z utrwalonym stanowiskiem doktryny i judykatury. 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", na co wskazuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2014 r. w sprawie o sygn. II PK 49/14. Powołał uchwałę KIO z 12.02.2020 r., KIO/KU 5/20. Analogiczny pogląd został wyrażony przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 11 grudnia

2024 r. II CSKP 1808/22.
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 (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2023 r. KIO 1091/23).
Powołał wyrok KIO z dnia 20 marca 2023 r., sygn. akt KIO 623/23.
Wbrew stanowisku wykonawcy, ujawnienie indywidualnych ustaleń handlowych, warunków współpracy czy modelu wyceny, nie stanowiłoby przekazania strategicznych informacji konkurentom. Wskazał na orzeczenie KIO z dnia 31 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 708/23.
Analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w wyjaśnieniach wykonawcy nie pozwala na jednoznaczne ustalenie zasadności utajnienia treści tych wyjaśnień. Wykonawca nie przedstawił przekonujących dowodów na to, w jaki sposób treść oferty lub oferty podwykonawców, a także poczynione z nimi ustalenia, mogą zawierać informacje, które miałyby wpływ na konkurencyjność postępowania. Dodatkowo wykonawca nie wykazał skutecznie, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza może być rozumiana w sposób pozytywny, jako wycena określonego dobra niematerialnego i prawnego, takiego jak znak towarowy, prawa autorskie czy unikalne rozwiązania organizacyjne, które mają trwałe zastosowanie i kreują pewną wartość. Tego rodzaju dobra posiadają określoną wartość, którą można wyrazić w jednostkach pieniężnych, a ich wartość powinna być przypisana uprawnionemu właścicielowi. W przypadku przedsiębiorstw może to znaleźć swoje odzwierciedlenie w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniach finansowych, gdzie wartość niematerialna i prawna jest uwzględniana.
Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób ujawnienie treści ofert podwykonawców miałoby prowadzić do uzyskania przewagi konkurencyjnej, ani jak mogłoby to uniemożliwić wykonawcy, który zastrzegł te informacje, uzyskanie przyszłych ofert. Ponadto, Wykonawca nie przedstawił, jakie rzeczywiste znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku miałoby poznanie konkretnych informacji oraz w jaki sposób przekłada się to na ryzyko zagrożenia jego uzasadnionym interesom. Brak jest przekonującego uzasadnienia, że ujawnienie tych informacji może faktycznie osłabić pozycję rynkową wykonawcy. W załączniku nr 3 do wyjaśnień, podwykonawca (…) oświadcza, że z uwagi na wczesny etap zaawansowania dokumentacji oraz niski stopień jej szczegółowości, w momencie składania ofert nie było możliwe jednoznaczne określenie ilości materiałów ani zakresu robót do wykonania, w związku z czym wycena była prowadzona szacunkowo. Z kolei podwykonawca (…) w załączniku nr 5 do wyjaśnień informuje, że nie przekaże szczegółowej kalkulacji kosztów poszczególnych pozycji z podziałem na materiały, sprzęt, robociznę i transport. W związku z tym, w ocenie podwykonawców, dane te, choć mają charakter poufny, charakteryzują się niskim stopniem szczegółowości lub nie zawierają pełnej kalkulacji kosztów. Dodatkowo, załączniki nr 6, 7, 8, 9 nie zostały objęte przez podwykonawcę klauzulą poufności.
Odnosząc się do załącznika przedstawiającego kalkulację własną wykonawcy, zawiera on nieprzekonujące wyjaśnienia, 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. Zastrzeżenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w analogicznym zakresie było przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej m.in. z dnia 05.10.2021 r. sygn. KIO 2427/21.
W odniesieniu do Załączników 10-12 oraz 13, które stanowią część dokumentacji pracowniczej wykonawcy, należy zaznaczyć, że wiedza o średnich wynagrodzeniach brutto w branży budowlanej jest ogólnodostępna. Powszechnie wiadomo, że wysokość wynagrodzenia zależy od kwalifikacji posiadanych przez pracownika. Ponadto, oświadczenia o wysokości stawki za godzinę pracy brutto pochodzą z roku 2023 i w części nie są zgodne ze stawkami określonymi w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 września 2024 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej na rok 2025 (Dz. U. poz. 1362).
Orzecznictwo KIO jednoznacznie potwierdza, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa nie przysługuje automatycznie, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na wykonawcy.
Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że wykonawca nie wypełnił pierwszej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., gdyż nie wykazał, w jaki sposób zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą ani jak ich ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na jego pozycję rynkową.
Przechodząc do drugiej przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. tj. że informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, należy wskazać, że przesłanka ta jest spełniona z uwagi na oświadczenie wykonawcy oraz trudności dowodowe dotyczące wykazywania jej spełnienia.
Wykonawca wskazał w treści pisma, że zastrzeżone informacje są przeznaczone wyłącznie do tego konkretnego

postępowania, a ich treść nie jest powszechnie znana ani łatwo dostępna. Przedstawił również dowody wskazujące, że w ramach swojej działalności podjął działania mające na celu utrzymanie poufności tych informacji. Dodatkowo zaznaczył, że wszystkie środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązują w takim samym stopniu w strukturach firmy Transkol. Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca nie wykazał, czy otrzymał od potencjalnych podwykonawców potwierdzenie, że ustalenia dotyczące treści ofert, a także same oferty, były dla tych podwykonawców traktowane jako poufne. W związku z tym, nie wykazał, że podwykonawcy podjęli odpowiednie działania mające na celu zapewnienie poufności zastrzeżonych informacji.

Wątpliwości budzi jednak to, czy podjęte środki faktycznie świadczą o dochowaniu należytej staranności przez wykonawcę. W szczególności nie wykazano, aby potencjalni podwykonawcy potwierdzili, że ustalenia dotyczące treści ofert lub same oferty miały dla nich charakter poufny. Nie wykazano zatem, by również po stronie podwykonawców podjęto działania mające na celu zabezpieczenie zastrzeżonych informacji przed ujawnieniem. Należy przy tym podkreślić, że samo zastrzeżenie informacji jako poufnej nie oznacza automatycznie, że dany dokument spełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Z powyższego wynika, że dla skutecznego wykazania poufnego charakteru informacji niezbędne jest przedstawienie dowodów świadczących o rzeczywistym ograniczeniu ich dostępności oraz podjęciu skutecznych środków ochrony – również po stronie podmiotów współpracujących. W analizowanym przypadku takie działania nie zostały jednoznacznie wykazane.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że wykonawca nie wypełnił drugiej przesłanki z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ze względu na brak dowodów, oświadczenie wykonawcy należy uznać za niewystarczające do jej wykazania.

W zakresie trzeciej przesłanki wykonawca wskazał, że podjął działania zabezpieczające informacje przed ich nieuprawnionym ujawnieniem. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykazanie spełnienia trzeciej przesłanki dotyczącej tajemnicy przedsiębiorstwa – tj. podejmowania, z należytą starannością, działań w celu utrzymania informacji w poufności – musi nastąpić przy użyciu konkretnych dowodów. Takie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20.

Wykonawca, przedstawił szereg działań, które zostały podjęte w celu zapewnienia poufności przekazywanych informacji, takich jak technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa, wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o pracę oraz oddzielne umowy o poufność. Wykonawca wskazał, że dostęp do zastrzeżonych informacji miała bardzo ograniczona grupa osób odpowiedzialnych za przygotowanie i kalkulację ceny oferty (zespół ofertowy) oraz za zarządzanie przedsiębiorstwem w danym obszarze. Pracownicy oraz współpracownicy wykonawcy, którzy na co dzień korzystali z wewnętrznego systemu dokumentów, nie mieli dostępu do tych informacji. Ponadto, dostęp do tych danych był niemożliwy dla jakiejkolwiek osoby nieuprawnionej do ich przeglądania.

Lider konsorcjum przedstawił listę osób, które miały dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w trakcie przygotowywania ofert, wraz z deklaracjami tych osób oraz oświadczeniem dotyczącym stosowanych w przedsiębiorstwie klauzul umownych w odniesieniu do poufności.

Wykonawca jedynie zaznaczył, że wszystkie środki zabezpieczające tajemnicę przedsiębiorstwa obowiązują w takim samym zakresie w strukturach partnera konsorcjum - Transkol, jednak nie przedstawia żadnych dodatkowych informacji ani dowodów w tej kwestii. W związku z tym, pojawiają się wątpliwości co do rzetelności środków podjętych przez wykonawcę w celu zapobieżenia ujawnianiu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W świetle przedstawionych dowodów oraz pomimo opisanych w paragrafie powyżej wątpliwości, można uznać, że Wykonawca spełnił trzecią przesłankę, wykazując, że w przedsiębiorstwie obowiązują zasady ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający dokonał odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ze względu na niewykazanie spełnienia pierwszej i drugiej przesłanki przewidzianych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przez co jego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest nieskuteczne.

Dowody:

KIO dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, uznając je za wystarczające do rozstrzygnięcia sprawy.

Rozważania KIO:

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) dopuściła w charakterze uczestnika postępowaniawykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wołowska 5, Aldesa Construcciones spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13 i COALVI spółka akcyjna z siedzibą w Hiszpanii, w Saragossie, c/George Stephenson 46 zgłaszających przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 2202/25 i KIO 2214/25.

KIO nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia, któregokolwiek z wniesionych odwołań na podstawie art. 528 ustawy.

KIO oceniła, że odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505

ust. 1 ustawy.
Z uwagi na wspólną podstawę faktyczną i prawną zarzutów w obu odwołaniach KIO odniesie się łącznie do obu odwołań.
Odwołania nie zasługują na uwzględnienie z powodu niewykazania przez wykonawców wartości gospodarczej zastrzeganych informacji.
Przechodząc do wyjaśnienia powodów odmowy uznania zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 3 ustawy przez odtajnienie wyjaśnień ceny rażąco niskiej w całości wraz z załącznikami KIO w pierwszej kolejności przywoła wytyczne Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie, które Sąd przekazał KIO w drodze kontroli instancyjnej w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. XXIII Zs 133/21, a następnie w szeregach orzeczeń dotyczących zagadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa konsekwentnie podtrzymywał jak choćby w wyroku z 16 października 2023 r. sygn. XXIII Zs 57/23, z 11 sierpnia 2023 r. sygn. XXIII Zs 59/23, czy z 24 listopada 2023 r. sygn. XXIII Zs 102/23.
Sąd zwrócił uwagę na:
„Zagadnienie dopuszczalności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym podstaw skutecznego jej zastrzeżenia, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. było przedmiotem szeregu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Okręgowych jak i Sądu Najwyższego oraz wypowiedzi doktryny. Poniżej, skrótowo przedstawiona zostanie zatem jedynie rekapitulacja dotychczasowego dorobku zarówno judykatury jak i doktryny w tym zakresie, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.
Zasada jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego jako fundamentalna zasada tego postepowania wprost wyrażona została w art. 8 ust. 1 — 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Zgodnie z tymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne (ust. 1); zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2); zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymogi dotyczące zachowania poufnego charakteru informacji przekazanych w toku postępowania (ust 2a). Przy czym wykładnia tego przepisu powinna być dokonywana z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ust. pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Uwypuklić zatem należy (co dostrzegła również Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie wyciągając z tego jednak właściwych wniosków), że wszelkie wyłączenia, czy choćby ograniczenia jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego stosowane i dopuszczane powinny być bardzo rygorystycznie. W tym też duchu powinny być interpretowane wszelkie przepisy wprowadzające ograniczenie jawności postepowania i jako wyjątki od ogólnej zasady powinny podlegać wykładni zacieśniającej. Żadne zastosowanie przepisów dopuszczających ograniczenie zasady jawności nie może zatem prowadzić do wyłączenia zasady jawności i przejrzystości postepowania, czy zachowania ich jedynie w szczątkowej, fasadowej postaci. W sposób jasny i jednoznaczny dał temu wyraz ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych zmianę art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W uzasadnieniu do poselskiego projektu tej ustawy (druk sejmowy nr 1653, Sejm RP VII kadencji) wyjaśniając przyczyny zmiany art. 8 ust. 3 wskazano, że „Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnicy 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 .jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. ". Zdaniem Sądu Okręgowego przytoczony fragment uzasadnienia powinien stanowić ważną wskazówkę interpretacyjną przy wykładni art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. wprowadzającego odstępstwo od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Otóż zasadniczy wyjątek, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pozwalający na odstępstwo od zasady jawności postepowania o udzielenie zamówienia publicznego, przewidziany został w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Zgodnie z tym przepisem nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje sic odpowiednio do konkursu. W art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1913 ze zm.) wskazano, że 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.

W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. Przepis ten nakłada na wykonawcę 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. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać. Pogląd ten jest sprzeczny z art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r., z którego należy wyprowadzić odmienny wniosek, tj. że co do zasady zawsze istnieje obowiązek wykazania wartości gospodarczej zastrzeganej informacji. Wskazanie „wartości gospodarczej' może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie pewnej kwoty, ale może też zostać zrealizowane poprzez wskazanie, jakie zyski generuje dana informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Mając na uwadze podstawowe założenie w tym zakresie, a mianowicie, że wartość ta musi być realna, wykonawca powinien dokonać odpowiedniej ich wyceny z rozbiciem na każdą informację poddawaną klauzuli poufności wraz z uzasadnieniem. Dla spełnienia tego warunku będzie konieczne wskazanej ewentualnej ich pieniężnej wartości rynkowej, a niekiedy księgowej (np. jeśli chodzi o dobra niematerialne), co umożliwi ich obiektywną weryfikację przez zamawiającego. O wartości gospodarczej zastrzeganych danych może przesądzać np. wykazany koszt badań, prac projektowych, prowadzenia odpowiednich testów, wartość kontraktów itp. Niekiedy w uzasadnieniu wniosku nie da się wskazać ich wartości finansowej, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Wykonawca w takim przypadku powinien wykazać, jaką szkodę poniesie, jeśli jego konkurencji pozyskają wiedzę o konkretnej liście kontrahentów. W konsekwencji przyjąć trzeba, że nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest czy niska, ważne jest aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Kierując się powyższymi założeniami zamawiający powinien każdorazowo dokonać oceny, czy istniały podstawy by daną informację wykonawca mógł zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa i czy uczynił to skutecznie. W dalszej kolejności w oparciu o te same założenia kontrola skuteczności zastrzeżenia powinna być dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą rozpoznając ewentualne odwołanie w tym przedmiocie. W niniejszej sprawie tego jednak całkowicie zabrakło. Izba oddalając odwołanie w zakresie części zarzutu 1 i odmawiając odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem nie wyjaśniła w istocie podstaw swojego rozstrzygnięcia. W nader skrótowym i sztampowym uzasadnieniu tej części wyroku Izba przedstawiła nie tyle własne stanowisko, co powtórzyła ogólne i typowe argumenty

przedstawione przez przystępującego na poparcie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, oderwane od przedmiotu i okoliczności rozpoznawanej sprawy, a przede wszystkim treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy. Taki sposób uzasadnienia wyroku przez Izbę uznać należy za dowolny i arbitralny utrudniający, a wręcz uniemożliwiający kontrolę instancyjną prawidłowości rozstrzygnięcia kluczowej dla oceny zasadności odwołania kwestii. Zwrócić należy bowiem uwagę, co zostało wyjaśnione, że zasadą wprost wyrażoną w art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. jest jawność postępowania. Wszelkie zatem odstępstwa od tej zasady muszą być traktowane jako wyjątek i aby mogły być zastosowane muszą za tym przemawiać określone racje. Co za tym idzie, o ile w przypadku ujawnienia zastrzeżonej przez wykonawcę informacji, mogłoby wystarczyć ogólne uzasadnienie odwołujące się do podstawowych zasad postepowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, o tyle już w przypadku uznania zastrzeżenia za skuteczne, uzasadnienie to powinno zawierać szczegółowe i drobiazgowe wyjaśnienie okoliczności i argumentów przemawiających za uznaniem zastrzeżenia jako skuteczne. Wyjaśnić przy tym należy, że na przeszkodzie szczegółowemu omówieniu uzasadnienia zastrzeżenia przez Izbę nie stało to, że samo uzasadnienie również zostało zastrzeżone. Izba wobec oddalenia odwołania mogła przecież objąć tajemnicą fragmenty swojego uzasadnienia, w których omawiałaby uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przez wykonawcę. Zresztą Izba zabieg ten zastosowała w niniejszej sprawie, gdyż część uzasadnienia jej wyroku taka tajemnica został objęty.

W tym miejscu przywołać należy treść uzasadnienia wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 1 kwietnia 2021 r. w sprawie KIO 500/21, które w tym zakresie uznać należy za wzorowe. W uzasadnieniu tym Izba w sposób wszechstronny, dokładny i konkretny przenalizowała poszczególne zapisy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa konfrontując je z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, które miały być tajemnica tą objęte. Co szczególnie istotne Izba nie omawiała tego zagadnienia w oderwaniu od tego uzasadnienia, ale wprost cytowała poszczególne jego fragmenty i analizowała je wskazywała, że nie mogą one i dlaczego uzasadniać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Sądu Okręgowego jest to najlepszy, a wręcz jedyny sposób wyjaśnienia podstaw rozstrzygnięcia w przedmiocie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza w sytuacji kiedy Izba decyduje się na oddalenie odwołania, w którym odwołujący domaga się ujawnienia informacji zastrzeżonych jako taka tajemnica. Po raz kolejny podkreślić bowiem należy, że zasadami postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego są zasady jawności, transparentności i przejrzystości postępowania, gdzie brak ujawnienia poszczególnych informacji powinien być ograniczony do absolutnego minimum uzasadnionego rzeczywistym i realnym interesem wykonawcy."

KIO dostrzega, że cytowany wyrok zapadł jeszcze na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy z 2004 r. Jednak, nie można nie dostrzec nakazu płynącego z tego orzeczenia zobowiązującego tak KIO, ale przede wszystkim zamawiającego do skonfrontowania uzasadnienia zastrzeżenia skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa z danymi faktycznie zastrzeganymi. Tylko w przypadku, gdy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia i załączone do niego dowody faktycznie koreluje z informacjami utajnionymi i nie ma charakteru ogólnego, nie dostosowanego do realiów danej sprawy, a także tylko w sytuacji, gdy wskazuje, że dane zastrzegane mają wartość gospodarczą dla wykonawcy nie tylko na potrzeby tego konkretnego zamówienia, ale w jego działalności gospodarczej, to tylko wówczas Sąd uznaje, że możliwe jest stwierdzenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Tym samym obowiązkiem Izby jest zbadanie, czy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia faktycznie dotyczyło informacji o charakterze technicznym, organizacyjnym, odnoszącym się do funkcjonowania przystępującego jako przedsiębiorcy, czy wykazano wartość gospodarczą tych informacji i czy skutecznie zachowano poufność danych.

KIO znalazła te fragmenty uzasadnienia skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa obu odwołujących, do których w jej ocenie powinna się odnieść przy ocenie, czy faktycznie zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a sama informacja wartość gospodarczą:

- odwołujący wskazywali, że szczegółowe kalkulacje związane ze sposobem prowadzenia działalności operacyjnej przedsiębiorstwa, stosowanej technologii, a także informacje na temat ponoszonych kosztów, w tym szczegółowe dane dotyczące stawek i wyliczeń wynagrodzenia zespołu pracowników wykonawców, cenach wypracowanych w ramach relacji biznesowych z dostawcami materiałów, a także metodyce sporządzania wyliczeń ofertowych przez wykonawcę w zakresie realizacji usług, dalej podnosili też szczegółowe koszty sprzętu materiałów, organizacji personelu, szczegółowo skalkulowaną czasochłonność, optymalizację kosztów – KIO oceniając złożone wyjaśnienia stwierdziła, że przedstawione kalkulacje szczegółowe, a także oferty dostawców i podwykonawców po pierwsze dotyczą pewnych wynagrodzeń ryczałtowych, a więc nie stanowiących szczegółowych kalkulacji cenowych. Oferty te są ściśle odnoszone do SWZ w tym postępowaniu, wszystkie nawiązują do nazwy zadania będącego przedmiotem tego zamówienia. Przedstawiają wyliczenia i rozbicia cenowe zgodnie z RCO przygotowanym przez zmawiającego, co oznacza, że są to informacje mogące mieć znaczenie i dedykowane wyłącznie temu konkretnemu zamówieniu, w ściśle określnych przez zamawiającego w SWZ warunkach jego realizacji. Odwołujący powołują się na swoje doświadczenie i wieloletnią współpracę z partnerami biznesowymi, ale tych faktów w żaden sposób nie dowodzą, nie przedstawili bowiem umów o

współpracy, ale wyłącznie oferty. Co więcej z tych dokumentów w przeważającej mierze (na co zresztą zwraca uwagę sam zamawiający w uzasadnieniu czynności odtajnienia) nie wynika, że oferujący swoje usługi uważają treści własnych ofert za element poufny. Brak jest wskazania na tych dokumentach, że odbiorca-przystępujący jest zobowiązany do nieujawniania informacji wynikających z oferty np. pod rygorem jej cofnięcia, czy odpowiedzialności odszkodowawczej, zryczałtowanych kar umownych, zerwania współpracy itp. Twierdzenie, że jest to stała współpraca i to współpraca oparta o umowę o poufności, której przykładowy wzór odwołujący załączyli w całości lub fragmentach do uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia nie zostało przez odwołujących wykazane. Przeciwnie jak wynika z dokumentacji postępowania oferty podwykonawców i dostawców są kierowane do kilku wykonawców jednocześnie. W złożonych wyjaśnieniach tak przez odwołujących jak i Aldesa i Torpol można znaleźć oferty pochodzące od tych samych co najmniej 4 podmiotów, co oznacza, że kontakty nawiązane z tymi wykonawcami nie mają charakteru wyłącznego, a podwykonawcy i dostawcy oferują swoje usługi i towary także innym podmiotom nawet na potrzeby tego samego postępowania. Zaprzecza to tezie odwołujących o zbudowaniu listy kontaktów biznesowych pozwalających budować przewagę konkurencyjną. Tym bardziej zatem niewiarygodne jest twierdzenie odwołujących, że ujawnienie tych danych spowodowałoby realną możliwość poniesienia szkody przez odwołujących w związku z odtajnieniem tej informacji. U obu odwołujący pojawiają się oferty zawierające wskazanie, że stanowią tajemnicę handlową i zawierających zakaz ich przekazywania bez zgody wystawcy, jednak w dokumentach postępowania brak jest choćby uprawdopodobnienia faktu, że taka zgoda w przypadku skierowania zapytania nie została udzielona. Tylko w jednym przypadku mowa jest o wyłączności oferty i w jednym o przedstawieniu oferty po negocjacjach, w pozostałych przypadkach są to odpowiedzi na zapytania ze strony przedstawicieli odwołujących zajmujących się kosztorysowaniem. Brak jest informacji od kontrahentów o tym, że jest to oferta, czy sprzedaż dedykowana wyłącznie odwołującym, będąca wynikiem negocjacji, uzyskanych specjalnych, niedostępnych innym wykonawcom rabatów. Z tych dowodów nie wynika również, że współpraca z tymi podmiotami ma charakter stały i na nich opiera się działalność odwołujących. Nie można ustalić także tego, że z tymi podmiotami odwołujący zawarł umowy o zachowaniu poufności – odwołujący przedstawili tylko wyciągi z umów o poufności lub ich niewypełnione wzory, zatem nie wiadomo, czy w ogóle korzystają z tych dokumentów w swojej działalności, czy też dokumenty te zostały sporządzone wyłącznie na potrzeby przygotowania uzasadnia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w rzeczywistości nie mają zastosowania w działalności obu odwołujących. Co więcej jeśli porównać koszty niektórych usług w wyjaśnieniach PPMT i Torpol oraz Torpol i Mirbud-Transkol, to co najmniej w dwóch przypadkach ceny za te same zakresy realizacyjne są albo bardzo do siebie zbliżone, albo identyczne, zatem nie jest tak, że ta informacja o źródle i cenie ma unikatowy i dostępny wyłącznie odwołujący charakter, pozwalający na budowanie przewagi konkurencyjnej na danym rynku.

Inaczej nieco jest w przypadku umów z kandydatami na pracowników. O ile KIO uważa, że dane dotyczące zakładanego wynagrodzenia osób i ilości osób przewidzianych do realizacji tego zamówienia są informacjami o charakterze organizacyjnym i podlegającymi ochronie, to z przedstawionych umów poza wysokością wynagrodzenia i stanowiskiem nie wynika żadne inna dana – umowy są zanonimizowane i nie zawierają postanowień dotyczących odpowiedzialności za ochronę informacji poufnych. Podobnie jak w przypadku podwykonawców i dostawców, odwołujący przedstawili wzory lub wyciągi z umów o zachowanie poufności z pracownikami, lub osobami zatrudnianymi w ramach B2B, ale nie są to dokumenty wypełnione, mogące dowodzić, że odwołujący faktycznie jako pracodawcy zawierają ze swoimi pracownikami umowy o zachowaniu poufności. Tym samym te dowody nie odnoszą się w ogóle do informacji podanych w uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Według KIO podobne znaczenie dla skuteczności utajnienia mają dokumenty jak Regulamin pracy, czy instrukcja złożone przez odwołującego PPMT. To, że zostały u odwołującego wprowadzone takie dokumenty, nie oznacza jeszcze, że odwołujący faktycznie egzekwuje stosowanie się do nich. Odwołujący PPMT nawet nie uprawdopodobnił, że wystąpiły w przeszłości sytuacje ujawnienia informacji przez pracowników i, że osoby te były pociągane do odpowiedzialności pracowniczej. Nieco inaczej jest z oświadczeniem Informatyka złożonym przez odwołującego Mirbud-Transkol. KIO nie ma podstaw, aby odmówić temu oświadczeniu wiarygodności, jednak jest to oświadczenie składane w ramach zależności pracowniczej i wszelkie uchybienia w funkcjonowaniu systemu ochrony informacji u odwołującego Mirbud-Transkol byłyby elementem odpowiedzialności pracowniczej składającego oświadczenie. Z tego względu należałoby uznać, że walor dowodowy tego dokumentu jest niski. Co do listy pracowników mających dostęp do informacji poufnych, to w ocenie KIO ich dane osobowe podlegają ochronie z uwagi na RODO, zatem i tak nie mogłyby być przedmiotem udostępnienia, jednak nie jako tajemnica przedsiębiorstwa. KIO podkreśla, że danymi wrażliwymi ze względu na RODO przedstawione informacje nie są informacjami organizacyjnymi, technicznymi czy technologicznymi odnoszącymi się do funkcjonowania przedsiębiorstwa odwołujących – na taką tezę nie przedstawili oni dowodów. Co więcej sam sposób wypełnienia tabel RCO, które przygotował sam zamawiający nie tworzy unikatowej metodologii kalkulacji ceny oferty, nie ujawnia stosowanych algorytów i wyliczeń, te bowiem narzucił zamawiający, co więcej co do kosztów związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa, to nie zostały one przedstawione od strony kalkulacyjnej, a jedynie wskazane w

ujęciu globalnym, tym samym KIO nie dała wiary uzasadnieniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa
Odwołujący nie wskazali jakie procesy wewnętrzne stosują, jakie nakłady ponoszą w związku z inwestycjami, na czym konkretnie polega optymalizacja kosztów przedsiębiorstwa, tych informacji próżno szukać w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a przecież w uzasadnieniu skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa takie okoliczności odwołujący podnosili. Pokazuje to, że uzasadnienia pozostają w oderwaniu od zastrzeganych jako tajemnica informacji. To jedynie utwierdza KIO w przekonaniu, że zamawiający zweryfikował dostatecznie skrupulatnie przedłożone mu uzasadnienia i skonfrontował je z zastrzeganymi informacjami raz wyciągnął prawidłowe wnioski, co do braku wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Dalej w kwestii wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, to sam fakt podania, że jakaś informacja posiada wartość gospodarczą, jest według stanowiska Sądu Zamówień Publicznych, które KIO przyjmuje za własne, dalece niewystarczająca. KIO zauważa, że nie stanowi o wartości gospodarczej koszt sporządzenia oferty i wyjaśnień. Koszt ofertowania i koszt przygotowywania dokumentów związanych z tym ofertowaniem ponosi każdy wykonawca jako element prowadzonej działalności. Sam fakt poniesienia takiego kosztu nie świadczy o tym, że informacje zawarte w tych dokumentach są tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący prowadzą działalność polegającą na ubieganiu się o zamówienia publiczne, zatem aby pozyskać usługi, w ramach których prowadzą działalność, muszą zatrudnić lub powierzyć wykonanie na zewnątrz takich elementów, jak ocena czy dane zamówienia oferta prywatna mieszczą się w granicach ich działalności, czy proponowane warunki, miejsce, czas proponowanego zamówienia, oferty umożliwiają przystępującemu złożenie oferty, przygotowanie kalkulacji dla takiej oferty, niezbędnych dokumentów, składanie wyjaśnień czy prowadzenie negocjacji w celu pozyskania danego kontraktu. Są to zatem elementy kosztowe związane z prowadzeniem działalności, a nie z konkretną informacją, którą przystępujący zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odnieść się także należy do kosztu PPMT związane z zatrudnieniem projektanta na etapie ofertowania. W ocenie KIO okoliczność ta nie świadczy o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Sam fakt poniesienia kosztu nie powoduje, że był to koszt poniesiony w związku pozyskaniem informacji chronionej. Nie zostało wykazane, że skorzystanie z projektanta było działaniem nadzwyczajnym, nie stosowanym przez innych wykonawców i przekładającym się na optymalizację kosztów – w jakiej sferze i zakresie i w jakiej wysokości. To wyłącznie subiektywne przekonanie wykonawcy PPMT o tym, że zatrudnienie projektanta na etapie ofertowania ma walor informacji stanowiącej tajemnice przedsiębiorstwa.
W ocenie KIO należało przede wszystkim uwzględnić znaczenie zastrzeganych informacji jako służących wyjaśnieniu zaoferowanej ceny. Nie można tracić z pola widzenia faktu, iż wyjaśnienia służyły wykazaniu prawidłowości kalkulacji i przyjętych założeń, które są dedykowane wyłącznie na potrzeby realizacji tego zamówienia. Izba nie dostrzegła elementów wyjaśnień, które mogłyby stanowić wskazówkę dla potencjalnych konkurentów na potrzeby innych zamówień, tak aby realnie móc wykorzystać je w walce konkurencyjnej, czy też osłabić pozycję odwołujących. Samo przekonanie wykonawcy co do możliwości wykorzystania danych przekazanych w ramach wyjaśnień Izba nie uznała za wystarczające dla uznania zasadności nałożenia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy również odnotować, że wypracowanie koncepcji nastąpiło z udziałem podmiotu zewnętrznego, co prowadzi do stwierdzenia, że to nie własne doświadczenie i pozycja na rynku pozwala uzyskać przewagę konkurencyjną w tym zamówieniu. W sytuacji, gdy zaangażowanie podmiotu trzeciego pozwala wypracować złożenia mające wpływ na kalkulacje kosztów, to trudno uznać taką zależność jako irrelewantną dla oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Należy również wskazać, że ewentualna tajemnica przedsiębiorstwa innego podmiotu, aby móc ją skutecznie chronić, wymagałaby wykazania pod kątem przesłanek ustawowych. Nie jest zatem wystarczające dla stwierdzenia skuteczności zastrzeżenia informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego, samo nadanie takiej klauzuli przez podmiot trzeci, jeżeli ten nie wykazał spełnienia przesłanek. Przyjęcie, że wystarczającym dla uznania tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy jest nałożenie klauzuli przez inny podmiot bez wykazania znaczenia tych informacji jako zasługujących na ochronę na podstawie przepisów ustawy, wypaczałoby ochronę, jakiej służą przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
Dalej odwołujący upatrują wartości gospodarczej w możliwości utraty kontraktów i utraty możliwości ubiegania się o zamówienia. Stratę w tym zakresie estymuje na poziomie powyżej kilkunastu, kilkudziesięciu milionów złotych. W ocenie KIO to stanowisko odwołujących jest gołosłowne, bowiem jak już wcześniej wskazywano poza pracownikami i kosztami zryczałtowanymi konkretnych pozycji RCO, odwołujący nie ujawnili żadnych szczegółów dotyczących wyliczeń ceny oferty, a dostosowali się do kalkulacji sporządzonej przez zamawiającego. Odwołujący nie przedstawili również żadnego dowodu na to, że ujawnienie informacji o osobach, które mają na potrzeby tego zamówienia dostarczyć przystępującego materiały czy świadczyć usługi spowoduje, że utraci te kontakty dla tego zamówienia, ale i na przyszłość albo będzie zobowiązany do poniesienia kar umownych za niezachowanie poufności czy zapłacić odszkodowanie z tego tytułu. Wobec nie wykazania tych okoliczności KIO nie mogła dać wiary przystępującemu, co do istnienia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Z tych wszystkich względów zarzuty należało oddalić.
KIO uznała również, że odwołujący podtrzymując odwołania nie wykazali jaki wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia mogło by mieć nakazania zamawiającemu uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro

zmawiający nie udostępnił tych informacji w ramach badania i oceny ofert, to żądanie utrzymania w poufności nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania, jak i dla samej pozycji odwołujących. Nawet zatem gdyby uznać, że zamawiający naruszył przepisy odtajniając informacje dotyczące wyjaśnień zaoferowanych cen obu odwołujących, to czynność ta nie może mieć żadnego wpływu na czynności w postępowaniu przetargowym. Należy wskazać, że ewentualne znaczenie dla wyniku postępowania mają same wyjaśnienia a nie fakt ich utajnienia (w tym przypadku nieskutecznego). Tym samym samo badanie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma wyłącznie charakter poboczny dla czynności zasadniczej jaką jest ocena tych wyjaśnień w kontekście ewentualnej podstawy odrzucenia oferty. Poszukiwanie znaczenia informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu przetargowym dla wyniku postępowania może mieć miejsce jeżeli zamawiający uznaje zastrzeżenie jako skuteczne i dokonuje wyboru oferty, co uniemożliwia pozostałym uczestnikom na realną ocenę czynności zamawiającego kończących postępowanie. W takiej sytuacji nie można bowiem wykluczyć, że informacje mogłyby mieć znaczenie dla wyniku postępowania. Należy zauważyć, że skuteczne wniesienie odwołania na zaniechanie udostępnienia informacji niejawnych prowadzi do uchylenia czynności wyboru oferty (jeżeli ten został dokonany) w celu umożliwienia zapoznania się z dokumentami w ramach procedury zmierzającej do ustalenia wyniku postępowania. W sytuacji natomiast, gdy informacje stanowiące podstawę oceny ofert są jawne dla uczestników postępowania tylko ocena konkretnych dokumentów faktycznie ma znaczenie dla ustalenia wyniku postępowania. Samo odtajnienie nie ma znaczenia dla oceny dokumentów i ich treści. Ponieważ ustawodawca nakłada na zamawiającego szereg obowiązków których celem jest zapewnienie przejrzystości procedury przetargowej sama ich realizacja nie prowadzi jeszcze do ustalenia wyniku postępowania. To brak realizacji tych obowiązków może mieć znaczenie dla wyniku postępowania, który powinien być ustalony na podstawie dokumentów składanych w postępowaniu, możliwych do weryfikacji w ramach środków ochrony prawnej, które stanowią mechanizm gwarantujący możliwość skorygowania czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym. Bez zapewnienia jawności czynności prowadzących do ustalenia wyniku postępowania nie można wykluczyć, że zastrzeżone informacje mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania, tj. prowadzić do jego zmiany. W sytuacji gdy informacje są udostępnione w toku postępowania przetargowego, należy wykazać znaczenie ewentualnych uchybień na ustalony wynik postępowania lub przyszły wynik. W tej sprawie uchybienia zamawiającego miałyby dotyczyć wyłącznie oceny skuteczności zastrzeżenia tp, a nie oceny samych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. KIO zauważa, że żaden z odwołujący w odwołaniu nie odniósł się do potrzeby wykazania znaczenia, jakie dla wyniku postępowania miałoby mieć uznanie, że zamawiający nie jest uprawniony do odtajnienia dokumentów w ramach prowadzonej procedury przetargowej. Zgodnie natomiast z art. 554 ust. 1 pkt 1 KIO uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocników odwołujących i wydatków pełnomocnika zamawiającego. Skoro zarzuty odwołań nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołujących nie podlegał rozliczeniu. Zamawiający przedstawił dowód poniesienia kosztów w postaci wydatków pełnomocnika w maksymalnej dopuszczonej rozporządzeniem wysokości, z tego względu KIO nakazała odwołującym zwrot na rzecz zamawiającego tych poniesionych wydatków w każdej ze spraw,

przy czym KIO uznała, że kwota 17zł. tytułem opłaty od pełnomocnictwa jest kosztem objętym limitem wydatków pełnomocnika ograniczonym przez rozporządzenie do kwoty 3 600zł.

Przewodnicząca: ……

……

……