

WYROK

z dnia 7 stycznia 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 stycznia 2026 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 listopada 2025 roku** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum); (2) Budimex Kolejnictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), (3) Ferrovial Construction (UK) Limited z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii (Partner Konsorcjum)** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) GÜLERMAK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz (2) INTOP WARSZAWA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum)**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych w piśmie złożonym przez Odwołującego z wyjaśnieniami

z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma i uznanie, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa;

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Zamawiającego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Odwołującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:

(1) Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum); (2) Budimex Kolejnictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum),

(3) Ferrovial Construction (UK) Limited z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii (Partner Konsorcjum) kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu.

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

Przewodnicząca:

.....

KIO 5135/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji

z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „Zaprojektowanie (w zakresie branży srk)

i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 622 na odcinku F+J Podłęże R401 – Gdów / Podłęże R301 – Podłęże Balachówka w ramach projektu pn.: „Budowa nowej linii kolejowej Podłęże – Szczyrzyc – Tymbark/Mszana Dolna oraz modernizacja istniejącej linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz – Etap II”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 stycznia 2025 r., pod numerem: Dz.U. S: 13/2025 36445-2025.

Dnia 17 listopada 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum); (2) Budimex Kolejnictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Partner Konsorcjum), (3) Ferrovial Construction (UK) Limited z siedzibą w Londynie w Wielkiej Brytanii (Partner Konsorcjum), dalej jako „Odwołujący”.

Informację o czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, znajdujących się w Wyjaśnieniach Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 7 listopada 2025 r. drogą elektroniczną, zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono wobec czynności polegających na odtajnieniu informacji zawartych w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma, określonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa, przedstawiające sposób kalkulacji i wyceny oferty, sposób przygotowania oferty w tym zakresie, treść ofert profesjonalnych podwykonawców oraz kompetencje biznesowe w zakresie tej branży wyrażające się w możliwości uzyskania określonego poziomu cen od konkretnych podmiotów.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę i brak uznania jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji odtajnienie – informacji zawartych w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma (dalej także jako: „Wyjaśnienia”) podczas gdy Odwołujący wykazał, że Wyjaśnienia spełniają wszystkie wymagania niezbędne dla uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (w szczególności posiadają wartość gospodarczą dla Odwołującego, nie były udostępniane wcześniej w takiej formie oraz podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu zachowania ich w poufności), a także stanowią tajemnicę negocjacji, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji, równości wykonawców w postępowaniu, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odtajnienia informacji zawartych w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma
- 3) nakazanie Zamawiającemu uznania, że informacje zawarte w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma - zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa i jako takie nie zostaną odtajnione.

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego dozna uszczerbku. Odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa (w oznaczonych zakresach) może prowadzić do naruszenia renomy Odwołującego jako wiarygodnego partnera biznesowego, może doprowadzić do sytuacji, w której nie będzie możliwe w przyszłości uzyskanie korzystnych cenowo ofert podwykonawców w bardzo specyficznej branży, a w konsekwencji może doprowadzić do strat finansowych w toku aktualnej i przyszłej działalności gospodarczej, jak również może znacząco osłabić pozycję Odwołującego na rynku zamówień publicznych z uwagi na możliwość zapoznania się przez konkurencyjnych wykonawców z kluczowymi informacjami związanymi z prowadzoną przez Odwołującego działalnością, przede wszystkim sposobem kalkulacji ceny w zakresie wyceny branży SRK. Przyjęty sposób działania oraz rozwiązania stosowane przez Odwołującego w tym zakresie mają wpływ na sytuację Odwołującego i innych wykonawców na rynku. W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że informacje zawarte w treści pisma z ustaleniami z profesjonalnymi podwykonawcami:

- mają charakter techniczny, handlowy i organizacyjny,
- zawierają wyjaśnienie przyczyn możliwości uzyskania najkorzystniejszej oferty w zakresie danej branży w przedmiotowy postępowaniu,
- stanowią podstawę kwot, jakie podał Odwołujący w swojej ofercie, – nie są ujawnione publicznie w żadnym zakresie.

Ujawnienie informacji zawartych w piśmie z ustaleniami z profesjonalnym podwykonawcą naraża Odwołującego

na szkodę majątkową oraz utratę przewagi konkurencyjnej nie tylko w niniejszym, ale również w przyszłym postępowaniach o zbliżonym charakterze.

W uzasadnieniu zarzutów podano, że otwarcie ofert w postępowaniu miało miejsce w dniu 28 sierpnia 2025 r., a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu 1 w rankingu ofert po otwarciu.

W dniu 19 września 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny, tj.:

- Część 07 – Obiekty inżynieryjne i inżynierskie;
- Część 18 - Wzmocnienie podtorza i podłoża gruntowego, zabezpieczenie skarpwykopów i nasypów oraz zabezpieczenie osuwisk,

Wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło konkretnych części realizacji zamówienia, tj. kalkulacji tej części składowej ceny, a nie ceny całkowitej (całej oferty). Tym samym zakresów skalkulowanych przez każdego z wykonawców w sposób odmienny (indywidualnie wycenionych).

W dniu 7 października 2025 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo z wyjaśnieniami, w którym zawarł w pierwszej kolejności uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, szczegółowo zaznaczając, które dane są przez Odwołującego uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, a następnie przekazał szczegółowe informacje w zakresie dokonanej wyceny oferty opierając swoją kalkulację na podstawie ofert uzyskanych od profesjonalnych podwykonawców i dostawców (w tym dostawców materiałów).

W ramach załączników do pisma z wyjaśnieniami Odwołujący przekazał:

- szczegółową kalkulację ceny oferty, w tym wskazanie kosztów z podziałem na poszczególne pozycje dot. zakresu realizacji zamówienia (w tym wskazał koszty bezpośrednie, koszty pośrednie i zysk);
- oferty podwykonawców, które powstały w skutek indywidualnych zapytań i ustaleń przeprowadzonych z potencjalnymi podwykonawcami, co – jak wyjaśnił Odwołujący w Wyjaśnieniach (strona 23) – „co umożliwiło ich uwzględnienie w ostatecznej kalkulacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu”

W dniu 7 listopada 2025 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu swoją decyzję o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informując, że w ocenie Zamawiającego informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

W treści uzasadnienia swojej czynności Zamawiający przywołał treść art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 11 ust. 2 uznk – ze wskazaniem przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, oraz sporządził uzasadnienie w tym zakresie, które sprowadził do ogólnego przywołania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do kwestii konieczności wykazania skuteczności poczynionego zastrzeżenia, prymatu zasady jawności - nie odnosząc się do treści tych orzeczeń (do ich stanu faktycznego) i nie wyjaśniając jak się one konkretnie odnoszą do stanu faktycznego sprawy.

W ocenie Odwołującego Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie posiada uprawnień do oceny czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie do tego, czy wykonawca który tak twierdzi, powyższe wykazał.

W treści uzasadnienia Zamawiający jednak w ogóle nie ocenia konkretnych fragmentów uzasadnienia zastrzeżenia informacji sporządzonego przez Odwołującego, ani konkretnych przesłanek art. 18 ust. 3 ustawy PZP i art. 11 ust. 2 uznk, a sprowadza swoją argumentację do subiektywnej oceny zastrzeżonych przez Konsorcjum Budimex informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, i ofert podwykonawczych. Uzasadnienie podstaw odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Budimex nie dostarcza de facto informacji merytorycznych w sprawie. Zamawiający cytuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które prezentują liczne stanowiska i wykładnię stosowania odpowiednich przepisów, z którą de facto Odwołujący się zgadza, to jednak w żaden sposób nie mogą one stanowić podstawy do odtajnienia konkretnych informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa zastrzeżonych przez Konsorcjum Budimex.

Zamawiający w uzasadnieniu odtajnienia informacji zawarł głównie lakoniczne stwierdzenia, że Odwołujący „nie wykazał w sposób należyty przesłanek”, „nie dokonał skutecznego zastrzeżenia”, „nie skonkretyzował (nie zdefiniował) know-how”.

Zamawiający wskazał, że Konsorcjum Budimex w sposób precyzyjny skonkretyzowało zakres zastrzeganych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przedstawiło wyczerpujące i obszernie uzasadnienie w tym zakresie, w tym co do podjętych środków w celu zachowania informacji w poufności. Jednakże pomimo przedstawienia takiej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Budimex i wniosków Zamawiający wskazał, że „Konsorcjum Budimex nie wykazało w sposób należyty przesłanek pozwalających na skuteczne objęcie wskazanych informacji ochroną na podstawie art. 11 ust. 2 uznk, a tym samym nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy

przedsiębiorstwa”.

Kluczowe zarzuty Zamawiającego względem dokonanego przez Konsorcjum Budimex uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, poza wskazanym powyżej „brakiem wykazania w sposób należy przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk”, dotyczą następujących kwestii:

- konieczności wykazania, że kalkulacja ceny oferty ma unikalny charakter

- i stanowi know-how (szczególną unikalną metodę opracowania lub skalkulowania oferty), brak konkretnego wskazania na czym polega know-how (pkt 23-24 Informacji o odtajnieniu), brak wskazania unikalnych danych i szczególnej metodologii kalkulacyjnej prowadzącej do utraty przewagi konkurencyjnej Konsorcjum Budimex (pkt 25-26 Informacji o odtajnieniu)

- w zakresie załączników do Wyjaśnień, tj. kalkulacji cenowych – wskazanie przez Zamawiającego, że kalkulacje cenowe stanowią prostą informację cenową, brak jest

- w nich szczególnego know-how, brak wykazania, że stanowią szczególne informacje

- o metodologii skalkulowania poszczególnych cen (pkt 27-31 Informacji o odtajnieniu)

- w zakresie załączników do Wyjaśnień, tj. ofert podwykonawców – wskazanie, że wykonawca nie wykazał szczególnej wartości gospodarczej ani ryzyka poniesienia szkody na skutek ujawnienia informacji, wadliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z powodu braku odniesienia się do każdej oferty podwykonawczej osobno i indywidualnie (przy czym Konsorcjum Budimex odniosło się do całej kategorii informacji zawartych w ofertach podwykonawczych, do kręgu wszystkich podwykonawców), brak przedstawienia dowodów

- w zakresie pozyskania i wyselekcjonowania podwykonawców i szczególnego charakteru współpracy, brak wykazania w „jaki sposób potencjalne ujawnienie kręgu podwykonawców mogłoby doprowadzać do utraty rzekomej przewagi konkurencyjnej” (pkt 31-36 Informacji

- o odtajnieniu).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób zbyt pochopny dokonał czynności odtajnienia, a charakter zastrzeganych informacji i treść uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia świadczą o tym, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że Odwołujący wykazał tę okoliczność w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami, wbrew stanowisku Zamawiającego. Zamawiający dokonał odtajnienia zastrzeżonych informacji w sposób nieuprawniony, a uzasadnienie podjętej decyzji zostało zaprezentowane w sposób dość lakoniczny i niekiedy wewnętrznie sprzeczny, a tym samym uniemożliwiający de facto w istocie stwierdzenie, z jakiego powodu Zamawiający nie uznał uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia za spełniające wymagania określone w przepisach, a informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa za nieskuteczne zastrzeżone.

Zamawiający pominął istotne okoliczności faktyczne, które stanowią okoliczności dla Zamawiającego notoryjne, a więc nie wymagające dodatkowego dowodu, a polegające na fakcie, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które są wszczynane przez Zamawiającego i zawierają w sobie komponent związany z urządzeniami automatyki kolejowej jest jednym z najczęściej kontestowanych w formie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym odwołania te są najczęściej wnoszone przez podmioty wyspecjalizowane w branży SRK, zazwyczaj powtarzające się co do tożsamości, co świadczy o bardzo wąskiej specjalizacji podmiotów, a także o bardzo dużej walce konkurencyjnej

w ramach tej konkretnej branży.

Zamawiający sam w treści uzasadnienia o odtajnieniu wskazuje, że Konsorcjum Budimex objęło tajemnicą przedsiębiorstwa tylko część informacji (dokumentów), w sposób precyzyjny skonkretyzowało zakres zastrzeganych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, przedstawiło wyczerpujące i obszerne uzasadnienie w tym zakresie, w tym co do podjętych środków w celu zachowania informacji.

Analiza wydanych niedawno orzeczeń i stanowisk prowadzi do konkluzji, że obowiązki wykonawcy w zakresie dokonywania zastrzeżenia uległy znaczącej modyfikacji, a reguły dotyczące skuteczności zastrzegania – liberalizacji. Nie oznacza to oczywiście, że doszło do zmiany jednej z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady jawności, ale wydaje się, że w orzecznictwie zaczęto dostrzegać walor niektórych danych, których tajność jest rzeczywiście z perspektywy wykonawcy istotna. Odwołujący przywołał następujące orzeczenia: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2024 r., KIO 2593/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2022 r., KIO 991/22; „wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2024 r., KIO 4878/24 i 4914/24; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 września 2024 r., KIO 3016/24.

Odnosząc jest o do zarzutów Zamawiającego kierowanych wobec Odwołującego w zakresie rzekomo nieskutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, z uwagi na rzekomy brak zdefiniowania / skonkretyzowania know-how, to Odwołujący wskazuje, że już sam fakt przedstawienia zbioru danych w postaci ofert podwykonawczych i cen tam zaoferowanych jest potwierdzeniem, że Odwołujący musiał dokonać odpowiedniej selekcji/doboru

podwykonawców oferujących usługi/dostawy pod konkretne zamówienia, musiał podjąć określone działania, zgodnie z określoną procedurą i opracować na ich podstawie kalkulację oferty. Niezrozumiałe jest zatem wskazanie Zamawiającego, który „nie odnajduje” w tym zakresie know-how oraz wymaga dodatkowego i niedookreślonego „wykazywania” przez Odwołującego szczególnej metodologii kalkulacyjnej, unikalnych metod pozyskiwania podwykonawców, aby można było określone dane zakwalifikować jako know-how Odwołującego (pkt 25, 28 i 34 Informacji o odtajnieniu), a w konsekwencji tajemnicę przedsiębiorstwa.

Co znamienne, i znane samemu Zamawiającemu podmiotów wyspecjalizowanych w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym branży SRK jest zaledwie kilka. Jest wiadome, że aby złożyć ofertę w postępowaniu wykonawcy z szeroko pojętej branży budowlanej muszą nawiązywać relacje z podwykonawcami lub zawiązywać konsorcja z wykonawcami, w przeciwnym razie nie będą w stanie spełnić wymagań Zamawiającego. Jest również wiedzą powszechną w branży, że podwykonawcy w ramach swojej działalności na poszczególnych odcinkach zobowiązani są do współdziałania między sobą w zakresie możliwości dokonania prawidłowego technicznie, i zgodnego z dokumentacją postępowania, wykonania zamówienia.

Jest również wiedzą powszechną, że wskazani podwykonawcy i dostawcy składają oferty najczęściej wszystkim wykonawcom, którzy o złożenie takiej oferty poproszą. Najczęściej, ale nie zawsze, oferty w zakresie ceny są ze sobą zbieżne. Mogą się jednak różnić niektórymi warunkami stanowiącymi ich elementy opisowe. Wszystko zależy w tym przypadku od umiejętności negocjacyjnych danego wykonawcy.

Odwołujący podkreślił także, że praktyką rynkową (znaną także zapewne samemu Zamawiającemu) jest fakt, że oferty podwykonawcze i oferty od dostawców referują do poziomu możliwych do osiągnięcia cen pewnych asortymentów robót, materiałów, sprzętu, wartości usług. Tym samym nie ma znaczenia, czy odnoszą się ogólnie do zapytania wykonawcy czy do konkretnego postępowania oraz nie ma znaczenia to czy sam podwykonawca/dostawca wprost w ofercie zastrzega te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w ofertach podwykonawców wskazują bowiem na potencjalne możliwości i poziom cen jaki może uzyskać Konsorcjum Budimex od konkretnych podmiotów. Pokazują strategię kalkulacji cen i poziomy cen uzyskiwane przez Konsorcjum Budimex. Uzyskanie możliwie najniższej ceny jest też możliwe poprzez bardzo dokładną i szczegółową analizę merytoryczną zakresów przedmiotu zamówienia. Odwołujący zatrudnia kilkunastu uprawnionych kierowników i projektantów, sam też szczegółowo analizuje możliwości techniczne. Zaproponowana w ofercie Odwołującego kwota nie stanowi zatem tylko negocjacji cenowych, ale jest wynikiem dialogu merytorycznego i wypracowanych rozwiązań specjalistów zarówno ze strony profesjonalnych podwykonawców jak i Odwołującego. To wykonawca decyduje o tym, czy zastrzega je jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nadto, podwykonawca i dostawca działa w zaufaniu do Konsorcjum Budimex, że przekazane informacje nie zostaną udostępnione innym podmiotom, zgodnie z wypracowanymi przez lata zasadami i udzielonym zaufaniem do Konsorcjum Budimex. Podwykonawca/dostawca nie musi zatem wprost zastrzegać każdej oferty z osobna.

W przypadku ofert podwykonawców kluczowe są zatem informacje dotyczące tego, jaka oferta stanowiła podstawę wyceny w ofercie danego wykonawcy (nazwa wyspecjalizowanego podwykonawcy), jakie są dokładnie warunki oferty w zakresie ewentualnych wyłączeń czy uzupełnień, a także kluczowa jest informacja, w jaki sposób ostateczna cena z oferty została zmodyfikowana na skutek podjętych z podwykonawcą negocjacji. Każdy wykonawca działający w branży kolejowej może w inny sposób prowadzić swoje negocjacje, doprowadzając do innych efektów. Wiele zależy od przeszłej współpracy

z danym podwykonawcą, wiele zależy także od perspektyw na przyszłość, od realizowanych obecnie kontraktów i zdobytych nowych.

Możliwość zastrzeżenia takich informacji jest potwierdzona przez orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 17 lutego 2016 r., sygn. KIO 149/16). Przewagę konkurencyjną daje zatem brak pozyskania informacji o podmiotach, zasadach, warunkach współpracy i poziomie oferowanych cen przez podmioty konkurencyjne, które mając dostęp do tych informacji mogłyby podejmować próby uzyskania podobnych rabatów lub negocjować podobne zasady współpracy, co w konsekwencji może wpłynąć negatywnie na udział każdego z członków Konsorcjum Budimex w innych postępowaniach.

Zamawiający tymczasem w tym postępowaniu, chociaż doskonale zdaje sobie sprawę ze specyfiki branży i charakterystyki konkurencji na rynku, zdecydował o ujawnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa złożonych przez Odwołującego.

Zamawiający w treści uzasadnienia o odtajnieniu podkreśla zasadę jawności postępowania. Konsorcjum respektuje zasadę jawności postępowania, ale należy w tym przypadku dodać, że podobnie jak w przypadku rozumienia zasady konkurencji, nie jest i nie może być nawet postulowana jakakolwiek jawność absolutna. Odwołujący ma też świadomość istnienia zasady ochrony informacji poufnych i tych, które faktycznie i rzeczywiście stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Na podstawie przywołanych przykładów orzecznich, wyraźnie widać, że występują sytuacje, w których ochrona tego rodzaju informacji traktowana jest równorzędnie z zasadą jawności. Informacje, które Odwołujący zastrzegł, i których ochrony się w tym postępowaniu domaga, należą do tego typu sytuacji.

Zgodnie z prawem polskim i europejskim ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa przypisuje się wagę większą niż zasadzie jawności. Wynika to z postanowień dyrektyw dotyczących zamówień publicznych i wydanego na ich podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Jak podkreślił Trybunał w sprawie C-450/06, *„[p]odstawowy cel przepisów wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych obejmuje otwarcie rynków we wszystkich państwach członkowskich na niezakłóconą konkurencję (...). Aby zrealizować ten cel, ważne jest, by instytucje zamawiające nie ujawniały informacji związanych*

z postępowaniami przetargowymi, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Ponadto zarówno ze względu na swój charakter, jak i zgodnie z systemem regulacji wspólnotowych w omawianej dziedzinie postępowania w sprawie udzielenia zamówień publicznych oparte są na stosunku zaufania między instytucjami zamawiającymi

a uczestniczącymi w nich podmiotami gospodarczymi. Podmioty te powinny móc przedkładać instytucjom zamawiającym wszelkie informacje użyteczne w ramach postępowania przetargowego, bez obawy, że instytucje te przekażą osobom trzecim informacje, których ujawnienie mogłoby przynieść rzeczonym podmiotom szkody.”

Zważywszy, że w obecnych realiach rynkowych, przy rywalizacji wykonawców

o zamówienia, doświadczeni wykonawcy wypracowali takie strategie ubiegania się

o zamówienia (w tym strategie budowania cen ofertowych), które pozwalają im na składanie atrakcyjnych ofert, przy jednoczesnym ograniczaniu do minimum wszelkich związanych z nimi kosztów i ryzyk, to nie sposób odmówić zastrzeżanym informacjom charakteru organizacyjnego przedsiębiorstwa.

Te same informacje stanowią cenne źródło informacji dla konkurentów, a co za tym idzie noszą wartość gospodarczą. Informacje te przedstawiają samodzielną wartość handlową, w stopniu uzasadniającym konieczność ochrony przedmiotowych informacji przed ich bezprawnym ujawnieniem.

Dokonując oceny informacji i dokumentów Zamawiający podejmuje decyzję o tym, co jest a co nie jest tajemnicą danego przedsiębiorcy, a zatem oceny daleko wykraczającej poza samo postępowanie przetargowe. Decyzje w tym zakresie mogą mieć zatem bardzo istotne skutki dla wykonawcy i dla całej prowadzonej przez niego działalności, jak również dla podmiotów trzecich, z którymi wykonawca współpracuje, w szczególności poniesienie szkód finansowych o wysokiej wartości.

To na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia istnienia niezakłóconej konkurencji między wykonawcami, stąd tak ważne jest, by nie dochodziło do ujawnienia informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach. Relacja między zamawiającym a wykonawcami powinna opierać się na wzajemnym zaufaniu do instytucji publicznej. W tym przypadku, działanie Zamawiającego nie było prawidłowe bowiem Zamawiający zdecydował się na odtajnienie krytycznie ważnych danych, które zostały przekazane Zamawiającemu

w dobrej wierze – tj. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów ceny. Każdy wykonawca powinien móc przedkładać zamawiającemu wszelkie informacje użyteczne do wykazania prawidłowości dokonanej przez siebie wyceny bez obawy, że informacje te trafią następnie do podmiotów trzecich, w szczególności konkurencyjnych, które bez wątpienia

z takiej wiedzy zrobią użytek i wyrządzą wykonawcy szkodę.

Odwołujący znajdował się, i wciąż się znajduje, w przekonaniu, że Zamawiający jak mało który na rynku w Polsce, zdaje sobie sprawę z wagi wyceny ofert w podobnych postępowaniach, jej podstawach i możliwych modyfikacjach. Jest właściwie jedynym zamawiającym, który cyklicznie mierzy się z zarzutami profesjonalnych podwykonawców w odniesieniu do tak specyficznego opisu przedmiotu zamówienia. Aktywność tego rodzaju nie ogranicza się jednak wyłącznie do etapu przed podpisaniem umowy, bowiem nie kto inny jak właśnie Zamawiający obserwuje też aktywność tych profesjonalnych podwykonawców na etapie realizacji umowy. Tym bardziej dziwi, że w tych realiach rynkowych postanowił wszystkie te okoliczności zupełnie pominąć, chociaż są mu one znane niejako „z urzędu”.

Zamawiającego obciąża obowiązek zapewnienia istnienia niezakłóconej konkurencji między wykonawcami, stąd tak ważne jest, by nie dochodziło do ujawnienia informacji, których treść mogłaby zostać wykorzystana w celu zakłócenia konkurencji bądź to w przetargu będącym właśnie w toku, bądź też w późniejszych przetargach.

Dokumenty, zastrzeżone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa znajdujące się w Wyjaśnieniach tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Zostały powołane

i przekazane Zamawiającemu w celu wykazania prawidłowości dokonanej wyceny oferty,

a wraz z ich przekazaniem Odwołujący uzasadnił motyw dokonanego zastrzeżenia, wykazując istnienie wszystkich niezbędnych przesłanek pozwalających uznać informacje za spełniające kryteria tajemnicy.

Odwołujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa wyłącznie te fragmenty wyjaśnień i te dowody, które faktycznie zawierają informacje stanowiące dla niego wartość gospodarczą, stanowiące wypracowane przez wiele lat działalności na rynku – knowhow, w tym co do kalkulacji kosztów/ceny oferty, cen uzyskiwanych od podwykonawców i zasad współpracy z podwykonawcami/dostawcami, tj. koszty pracy, koszty sprzętu, koszty materiałów i dowody w tym zakresie, szczegółową kalkulację ceny ofertowej, oferty podwykonawców, dane podwykonawców i kontrahentów, dane dot. poziomu wynagrodzeń i dokumenty związane z wypracowanymi procedurami wewnętrznymi dotyczącymi bezpieczeństwa informacji.

Odnosząc się do kwestii rzekomego braku wykazania „szczególnej/unikalnej wartości gospodarczej” (pkt 32, 36 Informacji o odtajnieniu) Odwołujący podkreślił, że „wartość gospodarcza” nie ma swojej legalnej definicji i pojęcie to nie jest uregulowane w przepisach ustawy Pzp czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: UZNK). Ustawa UZNK nie limituje pojęcia wartości gospodarczej, a tym bardziej brak jest w przepisach obowiązku wykazania jakiejś „szczególnej” czy „unikalnej” wartości gospodarczej”.

W doktrynie dominuje pogląd, iż pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Cel regulacji – zwalczanie nieuczciwej konkurencji – narzuca konieczność szerokiego ujęcia przesłanki „wartości gospodarczej”, tj. interpretowania jej w sposób bardziej ogólny, pozwalający na objęcie tym pojęciem także informacji, które same w sobie nie przedstawiają wartości rynkowej, a mimo to przedsiębiorca posiada uzasadniony interes gospodarczy w ich nieujawnianiu. Wartość gospodarczą zastrzeżonej informacji należy więc interpretować subiektywnie, w oparciu o indywidualne uwarunkowania i specyfikę funkcjonowania każdego przedsiębiorcy.

W doktrynie i orzecznictwie wypracowano również stanowisko na podstawie, którego można wskazać, że „informacja posiadająca wartość gospodarczą” to informacja, która pozwala generować zyski, zaoszczędzić pieniądze, a także może umożliwiać uniknięcie potencjalnej szkody. Z samego charakteru przyszłej szkody, przyszłych oszczędności czy potencjalnych zysków wynika, że nie można wskazać jej dokładnej wartości, bowiem realny rozmiar można poznać dopiero wtedy, gdy się ziści. W związku z tym nie da się wskazać dokładnej, realnej wartości gospodarczej każdej zastrzeganej informacji, jak oczekuje tego Odwołujący. Żaden z przepisów ustawy Pzp czy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie określa takiego obowiązku. Nadto, fakt, że w uzasadnieniu nie podano kwoty wartości gospodarczej, nie oznacza, że dana informacja jej nie posiada (tak wyrok z dnia 28 kwietnia 2023 r.; sygn. KIO 1044/23). Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że *żaden przepis nie wymaga od wykonawcy przedstawienia konkretnej wartości gospodarczej zastrzeganych informacji* oraz, że *„wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy też przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, których nie można na takowy przeliczyć. W związku z tym może ona odnosić się do szczególnych okoliczności, informacji, wiedzy (know-how), które mają dla wykonawcy szczególne znaczenie”* (tak m.in. w wyroku z dnia 14 listopada 2023 r., sygn. KIO 3248/23).

Dopuszczalne są obie formy wykazania wartości gospodarczej – poprzez opisanie jej i wskazanie określonej kwoty lub wyłącznie w sposób opisowy, jak zrobił to Odwołujący w treści uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. w sposób opisowy wskazał za jakich powodów informacje mają wartość gospodarczą dla Konsorcjum Budimex. Zamawiający oprócz wskazania, że „Budimex nie wykazał szczególnej wartości gospodarczej” nie przedstawił żadnej innej argumentacji w tym zakresie.

Odwołujący zwrócił także uwagę na treść art. 18 ust. 3 zdanie pierwsze PZP, a tym samym na obowiązek do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie udowodnienia. Nieuprawnionym jest zatem twierdzenie, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 18 ust. 3 PZP, który nie stanowi o „udowodnieniu”, a jedynie o „wykazaniu” i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu (zob. m.in. nadal aktualny wyrok KIO z dnia 30 marca 2018 r., sygn. akt KIO 496/18).

Ustawodawca w powyższym przepisie odróżnia pojęcie „wykazania” od „udowodnienia”, a zatem umożliwia stronom postępowania skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie załączonych do oferty wyjaśnień w tym zakresie, bez konieczności przedkładania dowodów potwierdzających treść uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania waloru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 12 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1015/17), który jasno i precyzyjnie pokazuje jak należy rozumieć obowiązek „wykazania” przez wykonawcę potrzeby zastrzeżenia informacji. KIO wyjaśnia bowiem, że pojęcie „wykazał” użyte w art. 8 ust. 3 PZP nie jest równoznaczne z pojęciem „udowodnił” lub „przedstawił dowody”, które wprost nie zostały w tym przepisie użyte. „Uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w art. 8 ust. 3 PZP chodziło o przedstawienie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak

jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach PZP."

Zgodnie z nadal aktualnym orzecnictwem, jako działanie mające na celu zachowanie poufności, uznaje się również samo zastrzeżenie informacji w związku z udziałem w postępowaniach o zamówienia publiczne.

Odwołujący wyraził wolę zachowania przedmiotowych informacji w poufności, czego przejawem było ich zastrzeżenie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) "tajemnica" nie traci swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie. Do takich osób można przykładowo zaliczyć pracowników i współpracowników Odwołującego, czy też przedstawicieli podmiotów posiadających status zamawiających na gruncie ustawy – PZP lub kontrahentów Konsorcjum Budimex, którzy mogli powziąć wiedzę objętą tajemnicą przedsiębiorstwa jednak są zobowiązani do zachowania jej w poufności na podstawie klauzul o poufności zawartych w umowach z kontrahentami prywatnymi bądź też w przypadku podmiotów publicznych na mocy objęcia takich informacji klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżone informacje dotyczą szczegółowej kalkulacji ceny oferty (konkretnych kosztów pracy, sprzętu, materiałów), które zostały wynegocjowane przez Konsorcjum Budimex, firm podwykonawców i dostawców, z którymi Odwołujący nawiązał współpracę lub współpracuje od wielu lat. Przekazanie tych informacji podmiotom konkurencyjnym daje im gotowe zestawienie podmiotów, z którymi mogą nawiązać współpracę i negocjować stawki ofert w wysokości wypracowanej i przeznaczonej dla Odwołującego. Takie działanie może mieć negatywne skutki w zakresie wynegocjowanych z Konsorcjum Budimex warunkach współpracy lub próbie przejęcia specjalistów ds. ofertowania, a tym samym obniżenia pozycji konkurencyjnej Odwołującego.

Udostępniając zastrzeżone przez Konsorcjum Budimex informacje podmioty konkurencyjne otrzymałyby także gotowe zestawienie wszystkich elementów kosztotwórczych i kompletnego zestawienia okoliczności indywidualnych mających wpływ na cenę oferty Konsorcjum Budimex wypracowanych przez wiele lat, które będą mogły bezpośrednio wykorzystać do złożenia oferty w kolejnych postępowaniach, lub przeanalizować, porównać z własnym rozwiązaniem i sposobem kalkulacji ceny lub odpowiednio poprawić, zoptymalizować, obniżając przy tym koszty, nie ponosząc żadnych kosztów związanych z przygotowaniem, opracowaniem i opisaniem tego rozwiązania, które poniósł już każdy z partnerów Konsorcjum Budimex, co jednocześnie zapewni im przewagę nad Odwołującym.

Ujawnienie tych informacji dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową, ponieważ uzyskałyby możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również mogłyby przygotować swoje oferty z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane oferty Konsorcjum Budimex, co utrudniłoby Odwołującemu uzyskanie zamówień w przyszłości.

Ujawnienie informacji może skutkować poniesieniem przez Konsorcjum Budimex szkody poprzez utratę przyszłych kontaktów ze względu na to, że konkurencja mogłaby dostosować swoją kalkulację do możliwości finansowych Odwołującego (oszacować jaką cenę może zaoferować Odwołujący w kolejnych postępowaniach i tym samym pozbawić przewagi konkurencyjnej).

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2024 r. (sygn. akt KIO 3400/24), którego stronami był zarówno Lider Konsorcjum Budimex S.A., jak i Zamawiający. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej został wydany w sprawie odwołania wniesionego w postępowaniu pn. „Odcinek A – roboty budowlane na liniach kolejowych nr 201 odc. Kościerzyna – Somonino oraz nr 214 Somonino – Kartuzy realizowane w ramach projektu „Prace na alternatywnym ciągu transportowym Bydgoszcz – Trójmiasto”

(nr postępowania: 9090/IRZR1/12568/03512/22/P). Odwołania w przywołanej sprawie

i obecne są zbliżone pod kątem przedmiotowym (dotyczą dokładnie tej samej, bardzo specyficznej i charakterystycznej branży, a nawet rodzajowo analogicznych dokumentów – kalkulacji ceny oferty, w tym ofert podwykonawczych i ustaleń zawartych z profesjonalnymi podwykonawcami). W sprawie KIO 3400/24 Izba uznała, że Przystępujący uzasadnił zastosowanie odstępstwa od zasady jawności w stosunku do informacji. Przystępujący odniósł się przede wszystkim do konkretnych informacji objętych tajemnicą, uzasadnienie nie miało zatem uniwersalnego charakteru, (...). Przystępujący wykazał więc potrzebę utajnienia konkretnych danych, co z kolei dawało podstawę do uznania, że w należyty sposób wykazał ich wartość gospodarczą. (...). W należyty sposób Przystępujący wykazał również należyte zabezpieczenie informacji przed ujawnieniem. W konsekwencji ustaleń Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o utrzymaniu zastrzeżonej części wyjaśnień Przystępującego wraz

z załącznikami była w pełni zasadna, a to skutkowało oddaleniem zarzutu nr 1.

Odwołujący celowo cytuje wskazane orzeczenie, ponieważ w postępowaniu, które było przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, przekazał Zamawiającemu podobne pismo z uzasadnieniem informacji jako tajemnica

przedsiębiorstwa (podobny zakres informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), co w tym postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie. Na podstawie podobnego pisma z uzasadnieniem zastrzeżenia Izba uznała, że zastrzeżenie to zostało dokonane prawidłowo. Podobna sytuacja miała miejsce w sprawie o sygn. KIO 2015/25, gdzie Izba nakazała unieważnienie czynności odtajnienia wyjaśnień ceny oferty przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący powziął uzasadniony wniosek, że dokonane przez Konsorcjum Budimex zastrzeżenie będzie skuteczne również i w tym postępowaniu, bez szczególnego zwracania Zamawiającemu uwagi na tamten przypadek. Wniosek Odwołującego jest tym bardziej uzasadniony, że również był stroną tamtego postępowania, w związku z czym ma świadomość, że jego sposób działania w odniesieniu do omawianych dokumentów został uznany za prawidłowy w określonych okolicznościach faktycznych i prawnych, co sprawia, że nierozsądna byłaby zmiana postępowania Konsorcjum Budimex w tym postępowaniu w odniesieniu do podobnych dokumentów. Zamawiający tymczasem zdaje się zupełnie pomijać te okoliczności dokonując odtajnienia, do którego doszło w ramach pisma z dnia 7 listopada 2025 r.

Końcowo Odwołujący podkreślił, że wszystkie informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone w trybie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp jako tajemnica przedsiębiorstwa, a tym samym nie powinny zostać ujawnione. Charakter zastrzeganych informacji i treść uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia świadczą o tym, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także że Odwołujący wykazał tę okoliczność w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami, wbrew stanowisku Zamawiającego.

Wobec powyższego skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) GÜLERMAK Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Lider konsorcjum) oraz (2) INTOP WARSZAWA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (Członek konsorcjum). Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawców jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający zdecydował o odtajnieniu dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w następującym zakresie: Wyjaśnienie Budimex_LK_622_F+J mny_FINAL w zakresie pkt IV SZCZEGÓŁOWE WYJAŚNIENIA WYKONAWCY W ZAKR CENY OFERTOWEJ (elementy ceny ofertowej objęte Wezwaniem) wraz z załącznikami od 1 – 8.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji podał, że zgodnie z brzmieniem art. 18 ust. 3 Ustawy nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 Ustawy.

W myśl art. 11 ust. 2 u.z.n.k. 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 świetle art. 11 ust. 2 u.z.n.k., aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą więc zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- 2) 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,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności,

działania w celu utrzymania ich w poufności.

W świetle przywołanego powyżej art. 18 ust. 3 Ustawy, wymaga zwrócenia uwagi, że w celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca zobowiązany jest do wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzegając określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa w jawnym ze swej istoty postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawca powinien udowodnić, że spełnione są wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Wykazanie to może nastąpić za pomocą dowolnych środków, w tym poprzez złożenie oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa lub przedstawienia innych dokumentów, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. Ponadto, przedstawienie informacji uzasadniających prawidłowość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno nastąpić wraz z przekazaniem informacji mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W wyroku z 27.04.2017 r., KIO 687/17, KIO 693/17, LEX nr 2309557, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na istotne elementy związane ze sposobem uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, wyraźnie wskazując, że: „w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: «Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3 [aktualnie art. 18 ust. 3 p.z.p.]). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. **Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych». Z przywołanego wyżej przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. **Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.** Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek «wykazania» oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z całą pewnością za «wykazanie», o jakim mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz do powołania treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp [aktualnie art. 18 ust. 3 p.z.p.]. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konsorcjum D. zobowiązane było wykazać faktyczne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy, tj. wykazać, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. i zakreślonego w tym przepisie terminu, w jakim «wykazanie» skuteczności poczynionego zastrzeżenia musi nastąpić niedopuszczalne jest uzupełnienie tego uzasadnienia”.**

Zgodnie z aktualną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, dokonując analizy dokumentów Wykonawców w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien przyznawać prymat zasadzie jawności, natomiast zastrzeżenie informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa, traktować, jako wyjątek od zasady jawności, który powinien być interpretowany w sposób ścisły.

W podobny sposób wypowiadała się m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn.: KIO 3011/23: *„Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania. Oznacza to, że ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, o czym przesądza treść art. 18 ust. 2 p.z.p. Skoro jawność postępowania jest zasadą, a contrario ograniczenie dostępu do informacji jest wyjątkiem od tej zasady i jako taki powinien być on interpretowany ściśle”.*

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w stanowisku dot. KU/80/23/DKZP wskazywał, że: *„Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być traktowane przez wykonawców jako narzędzie mające na celu uniemożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert i dokumentów, a jedynie winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego*

zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Wskazać w tym miejscu należy, że wykonawcy, którzy decydują się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczają w reżim oparty na zasadzie jawności, tym samym winni mieć świadomość konsekwencji, jakie związane są z poddaniem się procedurom określonym przepisami ustawy Pzp. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Mogą być to zatem informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą lub organizacyjną wolałby nie upubliczniać, jednak powyższe nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa”.

Zatem, skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w poszczególnych wyjaśnieniach składanych przez wykonawców w Postępowaniu, należy analizować z uwzględnieniem przedstawionych powyżej ocen prawnych.

Konsorcjum Budimex S.A./ Budimex Kolejnictwo S.A./ Ferrovial Construction (UK) Limited („Wykonawca” „Konsorcjum”) pismem z dnia 07.10.2025 r. złożyło w Postępowaniu dokumenty dotyczące wyjaśnień zaoferowanej ceny istotnych części składowych oferty oznaczone częściowo jako tajemnica przedsiębiorstwa:

- informacje wskazujące na przyjęty przez Wykonawcę sposób kalkulacji ceny ofertowej, zawarte w pkt IV: „Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny” (pkt IV niniejszych wyjaśnień w całości);
- dowody załączone do przedmiotowych wyjaśnień (załączniki nr 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 do wyjaśnień w całości).
- Należy zauważyć, że Konsorcjum w sposób precyzyjny skonkretyzowało zakres informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odnoszący się do następujących punktów:

a) Założenia organizacyjne i technologiczne (sposób wykonania zamówienia) przyjęty jako podstawa do kalkulacji ceny;

b) Przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania techniczne – w tym projektowe, materiałowe, itp.;

c) Metodologia kalkulacji ceny ofertowej;

d) Informacje wynikające z ofert podwykonawców;

Konsorcjum przedstawiło wyczerpujące uzasadnienie odnoszące się do definicji pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa” w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK, z przywołaniem stanowisk prawnych, w dalszej części zaś odnoszące się do poszczególnych informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Konsorcjum wskazało, że: „Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem mają charakter technologiczny i organizacyjny oraz przedstawiają dla Wykonawcy określoną wartość gospodarczą. **Jednocześnie stanowią one gotowy pakiet informacji, opisujący w sposób kompleksowy know-how Wykonawcy.** (...)”.

W odniesieniu do zakresu informacji stanowiących założenia organizacyjne i technologiczne (sposób wykonania zamówienia) przyjęty jako podstawa do kalkulacji ceny, Konsorcjum wskazało, że: „Informacje objęte niniejszym zastrzeżeniem (w zakresie wyraźnie oznaczonym – treść złożonych wyjaśnień ceny oraz oferty podwykonawców) wskazują na przyjęty przez Wykonawcę sposób wykonania zamówienia (nie tylko w jego aspektach technicznych, ale przede wszystkim organizacyjnych), **prezentując unikalne dla Wykonawcy rozwiązania organizacyjne i technologiczne.** Rozwiązania te zostały opisane jako podstawa wyceny zastosowanej przez Wykonawcę dla potrzeb ustalenia ceny ofertowej. (...) Rozwiązania te zostały opracowane w przedsiębiorstwach Wykonawcy (każdego z członków konsorcjum) na przestrzeni lat działalności i są wynikiem doświadczeń z realizacji podobnych zamówień. Jest to tzw. know – how każdego z członków konsorcjum pokazujące, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany.”

W odniesieniu do potencjalnej szkody, wskazano:

„Ujawnienie informacji zastrzeganych mogłoby więc spowodować powstanie po stronie Wykonawcy szkody równej co najmniej zyskom, jakie Wykonawca mógłby uzyskać, realizując podobne zamówienia. W szczególności w postępowaniu o takiej wartości zamówienia, przy rozbudowanej konkurencji jest to aspekt, który powinien zostać wzięty pod uwagę. (...) Wykonawcy konkurencyjni, którzy chcieliby wdrożyć rozwiązania stosowane przez Wykonawcę, oszczędziliby więc koszty, jakie Wykonawca poniósł w przeszłości dopracowując obecnie stosowane przez siebie rozwiązania organizacyjne i technologiczne”.

W nawiązaniu do zakresu informacji stanowiących przyjęte przez Wykonawcę rozwiązania techniczne - w tym projektowe, materiałowe, itp., Konsorcjum przedstawiło następującą argumentację:

„Dobór rozwiązań do realizacji zadania w formule „projektuj i buduj” jest elementem autorskim, unikalnym dla danego Wykonawcy, bowiem wynika z wiedzy i doświadczenia Wykonawcy co do kosztów, czasu i ewentualnych utrudnień organizacyjnych związanych z zastosowaniem danego rozwiązania projektowego nabytych przy realizacji podobnych kontraktów w przeszłości oraz z sytuacji rynkowej, w jakiej znajduje się Wykonawca”(…) Z jednej więc strony zastrzegane informacje są nośnikiem wiedzy o tym, w jaki sposób zoptymalizować proces projektowy (jakie rozwiązania materiałowe i projektowe zastosować) by obniżyć koszty realizacji zamówienia, z drugiej zaś wskazują na preferencje wykonawcy co do stosowania określonych rozwiązań sprzętowych czy materiałowych”(…) Poznanie przez konkurencyjnych wykonawców stosowanych przez Wykonawcę (poszczególnych członków Konsorcjum) w celu obniżenia kosztów wykonania zamówienia rozwiązań może zniwelować jego przewagę konkurencyjną i utrudnić mu ubieganie się o

kolejne zamówienia." (...) Zastrzegane informacje pozwalają odtworzyć know-how Wykonawcy także w wielu obszarach, (...)"

1. Z kolei, w odniesieniu do metodologii kalkulacji ceny ofertowej, Konsorcjum wskazało: „Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez Wykonawcę sposobów realizacji zamówienia (o których mowa była powyżej), rodzaju i wysokości kosztów ponoszonych przez Wykonawcę (każdego z Członków Konsorcjum), sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które Wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy - każdego z Członków Konsorcjum) i których z założenia nie udostępnia się podmiotom trzecim.”

Uzasadniając utajnienie informacji wynikających z ofert podwykonawców, Konsorcjum wskazało m.in.:

„Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań zamawiającego, stanowiąc więc bezsprzecznie jego know-how o istotnej dla utrzymania jego pozycji konkurencyjnej wartości gospodarczej. (...) Nie jest więc tak, że wyłączenie z udostępnienia jedynie nazw kontrahentów, z którymi współpracuje Wykonawca, wystarczająco zabezpiecza jego interesy. Brak znajomości nazw kontrahentów być może utrudni konkurentom „podkupienie” kontrahentów Wykonawcy, ale już sama wiedza odnośnie tego, jakie koszty związane z realizacją danego zamówienia ponosi Wykonawca, jest bardzo cennym źródłem informacji. Wykonawca podkreśla, że walka konkurencyjna na tym rynku jest bardzo zażarta, o czym świadczy choćby liczba ofert składanych w postępowaniu.”

W dalszej części pisma (strona 14-19) Konsorcjum przedstawiło obszernie uzasadnienie odnoszące się do środków podjętych przez konsorcjantów w celu zachowania informacji w poufności, jak również powołało się na okoliczność nieujawniania informacji.

Po szczegółowym zapoznaniu się z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz z towarzyszącą dokumentacją, Zamawiający zajmuje stanowisko, iż konsorcjum BUDIMEX nie wykazało w sposób należyty przesłanek pozwalających na skuteczne objęcie wskazanych informacji ochroną na podstawie art. 11 ust. 2 u.z.n.k., a tym samym nie dokonało skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do przedstawionego uzasadnienia Zamawiający stwierdza, że w złożonych wyjaśnieniach nie zidentyfikowano informacji stanowiących know-how, tzn. szczególnych unikalnych metod opracowania lub skalkulowania oferty, pozwalających na zaoferowanie korzystniejszej ceny lub mogących stanowić o przewadze konkurencyjnej Konsorcjum.

Przede wszystkim Zamawiający zwraca uwagę, że pomimo odwołania się przez Wykonawcę do ogólnych twierdzeń, takich jak posiadane doświadczenie, szczególne know-how, Konsorcjum nie zdefiniowało (nie skonkretyzowało) na czym know-how miałyby polegać oraz w jaki sposób miałyby znajdować przełożenie na treść lub wycenę złożonej oferty.

Wykonawca nie wykazał bowiem żadnych szczególnych, unikalnych danych, informacji świadczących o zastosowaniu i funkcjonowaniu, jakiegokolwiek szczególnej metodologii kalkulacyjnej, mogącej potencjalnie doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej Konsorcjum.

Co więcej, w ocenie Zamawiającego, wyjaśnienia zamieszczone w punkcie IV pisma z dnia 07 października 2025 r. zawierają standardowe informacje wyjaśniające sposób skalkulowania ceny, jak na przykład informacja o skalkulowaniu kosztów wykonania wzmocnienie podtorza i podłoża gruntowego, zabezpieczenie skarp wykopów i nasypów oraz zabezpieczenie osuwisk na podstawie ofert uzyskanych od podwykonawców, czy też oświadczenia co do uwzględnienia w cenie oferty pozycji kosztowych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem, wyjaśnienia zawarte w punkcie IV pisma z dnia 07 października 2025 r. nie dają podstaw do przyjęcia twierdzeń o know-how Konsorcjum mającym stanowić jego przewagę konkurencyjną.

Odnosząc się do zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie poszczególnych załączników, wskazać należy, że zawierają one zasadniczo dwa rodzaje dokumentów – kalkulacje cenowe oraz oferty podwykonawców lub dostawców.

W ocenie Zamawiającego, kalkulacje cenowe przedstawione przez Konsorcjum, stanowią prostą informację cenową, zawierającą w poszczególnych pozycjach informację o planowanych kosztach oraz stosowanych wycenach. Zamawiający nie znajduje w przekazanych kalkulacjach cenowych szczególnego know-how Wykonawcy, w szczególności, że nie zawierają one informacji o sposobie (czy też metodologii) stosowanej przez Konsorcjum przy kalkulowaniu poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wykonawca nie wykazał, że zawierają one szczególne informacje o sposobie, metodologii skalkulowania poszczególnych cen, których ujawnienie mogłoby realnie prowadzić do

utrąty przewagi konkurencyjnej konsorcjantów.

Zgodnie z dominującym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Przywołany poniżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 808/23 znajduje pełne, analogiczne zastosowanie odnoszące się do twierdzeń Konsorcjum w niniejszej sprawie: „*Tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji ceny, w tym stawki oferowane specjalistom. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. Na ochronę nie zasługuje informacja wprowadzonych przez wykonawcę autorskich, unikalnych rozwiązań technicznych i organizacyjnych. W złożonych wyjaśnieniach (...) Sp. z o.o. nie zawarła szczegółowych opisów wspomnianych rozwiązań. Wykonawcy nie mogą zatem z treści złożonych wyjaśnień powziąć wiedzy o szczegółach rozwiązań, które ewentualnie mogliby wprowadzić w swoich podmiotach. Sama informacja o tym, że (...) Sp. z o.o. wprowadziła unikalne, autorskie rozwiązania, bez ujawnienia tych rozwiązań, w żaden sposób nie wpływa na sytuację tego wykonawcy na rynku*” (Wyrok KIO z 7.04.2023 r., KIO 808/23, LEX nr 3562508).

W podobny sposób Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się w sprawie KIO 1199/23, w szczególności sposób akcentując prymat i znaczenie jawności ceny oferty: „***Samo zaoferowanie w poszczególnych pozycjach cen, jakkolwiek jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy, to jednak znajduje przełożenie na cenę jego oferty, która jest jawna. Trudno bez konkretnego wyjaśnienia wykonawcy uznać, że w analizowanym postępowaniu, sama wycena, dokonana w narzuconych przez Zamawiającego ramach, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa***” (Wyrok KIO z 12.05.2023 r., KIO 1199/23, LEX nr 3588613).

Wobec powyższego Zamawiający uznaje, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum w stosunku do kalkulacji cenowych, jest nieskuteczne.

Odnosząc się do uzasadnienia Wykonawcy dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ofert podwykonawców, Zamawiający wskazuje, że ma ono charakter ogólny i nie wykazuje szczególnej wartości gospodarczej ani ryzyka poniesienia szkody na skutek potencjalnego ujawnienia informacji.

Zamawiający zwraca uwagę, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa koncentruje się na okoliczności wyselekcjonowania przez Konsorcjum określonego kręgu podwykonawców. Jednakże powołując się na wskazaną argumentację Wykonawca zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa, po pierwsze, w stosunku do wszystkich ofert podwykonawców, a po drugie, wobec całości informacji zawartych w danych ofertach podwykonawczych. Tego rodzaju sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnikowy, odnoszący się do całej kategorii zastrzeganych informacji, nie zaś do indywidualnych podwykonawców, czy szczególnych okoliczności współpracy, jak również nie odnosi się do określonych danych mających wynikać z treści ofert podwykonawców. Zatem sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy ocenić jako wadliwy.

Zamawiający zauważa również, co ma szczególne znaczenie dla oceny zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że Konsorcjum nie wykazało – zgodnie z ciążącym na Konsorcjum obowiązkiem dowodowym – szczególnej okoliczności mającej polegać na pozyskaniu i wyselekcjonowaniu poszczególnych podwykonawców. Konsorcjum nie wykazało, że współpraca z określonymi podwykonawcami ma szczególny charakter, mający unikalną wartość gospodarczą tworzącą przewagę konkurencyjną Konsorcjum. Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do podwykonawców odnosi się do kręgu wszystkich podwykonawców, bez konkretnego odniesienia do poszczególnych podmiotów oraz bez wykazania szczególnych okoliczności mających wynikać ze współpracy z określonymi podmiotami. Konsorcjum nie wykazało w jaki sposób potencjalne ujawnienie kręgu podwykonawców mogłoby doprowadzić do utraty rzekomej przewagi konkurencyjnej.

Ujawnienie kręgu podwykonawców, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie oznacza bowiem w żaden sposób możliwości uzyskania przez innych kontrahentów takiego samego poziomu cen. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 1013/23 wskazała: *„Sam fakt, że informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza, że te informacje same w sobie mają wartość gospodarczą. Gdyby tak było to ceny usług nie byłyby przez wykonawców prezentowane w cennikach, czy podawane w kosztorysach ofertowych.*

Przeciwnie, aby wykazać, że ceny oferowane przez kontrahenta konkretnemu wykonawcy mają wartość gospodarczą powinno się wykazać, że takie ceny jak wynikające z umowy, oferty, zapytania ofertowego, nie są dostępne na rynku, a przeciwnie są efektem zdolności negocjacyjnych czy zbudowanej pozycji rynkowej.”

Podsumowując, wyjaśnienia Konsorcjum nie uzasadniają w dostateczny sposób, dlaczego oferty podwykonawców przedstawiają szczególną wartość gospodarczą dla wykonawcy, której ujawnienie mogłoby spowodować szkodę lub utratę przewagi konkurencyjnej. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa winno być ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji. Samo subiektywne

przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Z uwagi na zasadę jawności postępowania, informacje o sposobie kalkulacji ceny nie powinny być traktowane jako poufne.

Podsumowując powyższe, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca zaniechał wykazania spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy u.z.n.k., a tym samym dokonane zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w tym zakresie jest nieskuteczne. W konsekwencji Zamawiający dokona odtajnienia części wyjaśnień wraz załączonymi dokumentami w poniżej wskazanym zakresie:

▪ Wyjaśnienie Budimex_LK_622_F+J mny_FINAL w zakresie pkt IV SZCZEGÓŁOWE WYJAŚNIE WYKONAWCY W ZAKRESIE CENY OFERTOWEJ (elementy ceny ofertowej objęte Wezwaniem) wraz z załącznikami:

- Załącznik nr 1;
- Załącznik nr 2;
- Załącznik nr 3;
- Załącznik nr 4;
- Załącznik nr 5;
- Załącznik nr 6;
- Załącznik nr 7;
- Załącznik nr 8.

Końcowo Zamawiający zaznaczył, że wskazane pliki nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i zostaną udostępnione po upływie terminu do wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy, ustalony stan faktyczny oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania, Izba uważa, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Niewątpliwie podkreślenia wymaga, iż jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący podkreślali, że zasada ta wiecie prymat w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a wyjątki od jej stosowania winny podlegać szczególnie wnikliwej ocenie.

W świetle art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.*

W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art.

8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

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

Samo uznawanie w orzecznictwie pewnego rodzaju informacji za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, nie oznacza, że Wykonawca nie jest w takim przypadku zobowiązany wyjaśnić podstaw zastrzeżenia. Zastrzeżenie to następuje w konkretnym przypadku, a informacje zastrzegane są charakterystyczne dla tego konkretnego podmiotu, czyli inaczej rodzaj informacji z góry nie przesądza o stanowieniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest tak, że określony rodzaj informacji *a priori* dla każdego podmiotu będzie stanowił tajemnicę przedsiębiorstwa. O skuteczności zastrzeżenia stanowi jego uzasadnienie a nie sam charakter danej informacji. Z orzecznictwa płynie wniosek, że pewne kategorie informacji, częściej niż inne (np. kalkulacja, źródło zbytu) mogą wpisywać się w przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa, właśnie o ile zostaną należycie wykazane i uzasadnione.

Wykonawca zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać istnienie określonych okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 UZNK) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, tj. musi wykazać, że:

1) jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów informacji nie jest ona powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności,

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą” także posiadanie wartości gospodarczej przez tą informację.

Izba zauważa także, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez Wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie.

Rolą Zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca obowiązkowi wykazania sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania”, oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie UZNK podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szewi*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, s. 5). W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do

porozumienia

w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 UZNK. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Ponadto informacja musi mieć wartość gospodarczą w sposób obiektywny, nie wystarczy do tego oderwane od rzeczywistości, subiektywne przeświadczenie samego wykonawcy, że tak jest. Wreszcie wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Na konieczność omówienia i wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej z zastrzeganych informacji, zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w swym wyroku z 11 grudnia 2024 r. wydanym w sprawie o sygn. akt II CSKP 1808/22. Sąd Najwyższy wskazał, że *Wykonawca, zastrzegając klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa różnego rodzaju informacje przekazywane zamawiającemu, zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek ustawowych wobec każdej z nich. Złożenie uzasadnienia wobec niektórych z nich z pominięciem innych skutkuje obowiązkiem odtajnienia tych*

z informacji, które zostały przez wykonawcę pominięte w uzasadnieniu. Wykonawca winien więc nie tylko wyjaśnić, ale także wykazać ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, w wyroku tym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał także, że obowiązkiem zamawiającego nie jest samodzielne poszukiwanie powodów utajnienia każdej z zastrzeganych informacji. Sąd ten uznał, że *Do Zamawiającego nie należy ocena czy dane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie czy wykonawca, który tak twierdzi, wykazał się*

z obowiązków przewidzianych w przepisach i powyższe wykazał.

Przechodząc do oceny uzasadnienia zastrzeżenia informacji przedstawionej Zamawiającemu przez Odwołującego, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że przedstawione informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby Odwołujący złożył obszerne i wyczerpujące uzasadnienie, dlaczego część informacji stanowi jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym zauważyć należy, iż Zamawiający nie kwestionował, że Odwołujący wykazał część przesłanek.

Zamawiający w pierwszej kolejności stwierdził, że w wyjaśnieniach nie zidentyfikowano informacji stanowiących know-how, tzn. szczególnych unikalnych metod opracowania lub skalkulowania oferty, pozwalających na zaoferowanie korzystniejszej ceny lub mogących stanowić o przewadze konkurencyjnej Konsorcjum. Zamawiający zwrócił także uwagę, że pomimo odwołania się przez Wykonawcę do ogólnych twierdzeń, takich jak posiadane doświadczenie, szczególne know-how, Konsorcjum nie zdefiniowało (nie skonkretyzowało) na czym know-how miałyby polegać oraz w jaki sposób miałyby znajdować przełożenie na treść lub wycenę złożonej oferty.

Izba tych twierdzeń nie podziela. W ocenie składu orzekającego Izby w uzasadnieniu zastrzeżenia omówiono szczegółowo na czym polega know-how Wykonawcy. Odwołujący precyzyjnie podał, że dobrał rozwiązania związane z wyceną wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wymogów SWZ postępowania, ale rozwiązania te mają stałe zastosowanie u Wykonawcy (mają względnie stały walor), tj. są to rozwiązania powtarzalne, stosowane w przedsiębiorstwie Wykonawcy (każdego z członków konsorcjum) dla kolejnych składanych przez niego ofert i realizowanych zamówień. Dalej wskazano, że rozwiązania te powstały i zostały wypracowane przez Wykonawcę na przestrzeni lat prowadzonej działalności gospodarczej, wykonywania zamówień podobnego rodzaju, bazują na wieloletniej stałej współpracy z określonym kręgiem sprawdzonych i rzetelnych podmiotów (podwykonawców). Rozwiązania te odnoszą się do organizacji całego procesu robót budowlanych, optymalizacji kosztów, szukania rozwiązań korzystnych cenowo a jednocześnie zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Sam fakt złożenia uzasadnienia zastrzeżenia zbliżonego lub tożsamego do składanych w innych postępowaniach, nie oznacza, że uzasadnienie takie nie wypełnia przesłanek określonych w przepisach prawa. Jeżeli dany podmiot bazuje na bogatym i sprawdzonym doświadczeniu zawodowym, opierając się na podobnej metodologii kształtowania ceny oferty w przypadku zamówień zbliżonych rodzajowo, takich uzasadnień nie należy traktować jako sztamowych, powtarzalnych, ogólnych.

Izba nie uważa również, że Wykonawca nie wykazał szczególnych, unikalnych danych, informacji świadczących o zastosowaniu i funkcjonowaniu, jakiegokolwiek szczególnej metodologii kalkulacyjnej, mogącej potencjalnie doprowadzić do utraty przewagi konkurencyjnej Konsorcjum. Skoro bowiem kalkulację sporządzono na podstawie ofert otrzymanych od podwykonawców, dzieląc poszczególne kategorie robót głównych na podkategorie, które wyodrębnił sam Wykonawca, to jest to właśnie podanie jaką metodologię zastosował. Nie jest wiadomym, dlaczego i w jakim zakresie Zamawiający oczekuje szczególnej metodologii kalkulacyjnej, skoro jak sam twierdzi, mamy do czynienia z robotami kolejowymi o powtarzalnym, raczej standardowym charakterze. Pytaniem retorycznym jest jaką w takim razie unikalną

metodologię miałby zastosować Wykonawca. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący zastosował taką metodologię, bazując na doświadczeniu i współpracy z podwykonawcami, która dała mu przewagę cenową, pozwoliła obniżyć koszty dla pewnych robót i ten element stanowi o jej unikalności. Poza tym Odwołujący podał, że rozwiązania oparte o *metody zarządzania projektem, w tym zasady organizacji robót i zaplecza budowy, obiegu informacji i dokumentów, metod kontroli jakości prac i zapobiegania powstawania błędów itd.*, przyjęte rozwiązania projektowe, materiałowe, sprzętowe i osobowe, które zostały wypracowane zdobytym doświadczeniem zawodowym znalazły odzwierciedlenie w kalkulacji cenowej. Wskazano także, że Odwołujący wziął pod uwagę *liczne doświadczenie wynikające z realizowania w ostatnim czasie inwestycji na rzecz Zamawiającego, na terenie całej Polski, w tym zbliżonym obszarze terytorialnym do niniejszego zamówienia*. Podano więc także zasięg terytorialny, który przełożył się na sposób kalkulacji. Zamawiający do żadnego z tych elementów się nie odniósł.

Izba nie uważa, że *kalkulacje cenowe przedstawione przez Konsorcjum, stanowią prostą informację cenową, zawierającą w poszczególnych pozycjach informację*

o planowanych kosztach oraz stosowanych wycenach. W uzasadnieniu zastrzeżenia Odwołujący podał skąd wzięły się w kalkulacji ceny za wykonanie poszczególnych rodzajów robót i jakie jest źródło tych cen. Wskazał wprost na szczególnie korzystne warunki uzyskane od podwykonawców, dedykowane tylko Odwołującemu (przykładowo załączniki nr 4, 8 do wyjaśnień). Opisał także proces uzyskania tych cen i w jaki sposób uzyskanie tych informacji przez konkurencyjnych Wykonawców mogłoby spowodować szkodę dla Wykonawcy. Zaznaczono, że Wykonawca zbiera i analizuje dane z każdego realizowanego kontraktu,

co pozwala wybierać mu rozwiązania najkorzystniejsze, ewentualnie dokonać korekty

w rozwiązaniach tego wymagających. Następnie Odwołujący zauważył, że w ten sposób uzyskał rozwiązania sprawdzone w praktyce, mające wpływ na optymalizację sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, które mogłyby zostać skopiowane przez innych Wykonawców, co wpłynęłoby na utratę przewagi rynkowej przez Odwołującego. Ten zakres świadczy właśnie o wartości gospodarczej danego zbioru informacji. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w ocenie Izby Odwołujący nie był zobowiązany do zobrazowania całego procesu analizy i wyboru rozwiązania najkorzystniejszego. Jak już zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, a co także podkreślił sam Odwołujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, jest to proces wieloletni, wieloetapowy, w który zaangażowanych jest wiele podmiotów i który u każdego z członków konsorcjum może charakteryzować się pewnymi odmiennostkami.

To właśnie kalkulacja przedstawiona wraz z wyjaśnieniami prezentuje wynik tych analiz.

Owszem, opis poszczególnych kolumn kalkulacji cenowej wskazuje prosto na podanie kosztów bezpośrednich, pośrednich i zysku dla poszczególnych kategorii robót. Ale łącznie

z pozostałymi dokumentami, w tym w szczególności z załącznikami 1 do 8 do wyjaśnień pokazane zostało w jaki sposób uzyskane korzystne oferty pozwoliły na obniżenie poszczególnych kategorii kosztów i wypracowanie zysku. Oferty podwykonawców przeniesione zostały do kalkulacji, poza tym w tym zestawie ujęto także prace nie wynikające z tych ofert, a wchodzące w zakres realizacji inwestycji. Zatem dokument ten kompleksowo pokazuje podejście danego podmiotu do wyceny zamówienia dla Zamawiającego.

Co do ofert podwykonawców, to Zamawiający zauważył, że wskazanie ofert podwykonawców ma ono charakter ogólny i nie wykazuje szczególnej wartości gospodarczej ani ryzyka poniesienia szkody na skutek potencjalnego ujawnienia informacji. Dodano także, że *zastrzeżenie miało miejsce w stosunku do wszystkich ofert podwykonawców, a po drugie, wobec całości informacji zawartych w danych ofertach podwykonawczych. Tego rodzaju sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter ogólnikowy, odnoszący się do całej kategorii zastrzeganych informacji, nie zaś do indywidualnych podwykonawców, czy szczególnych okoliczności współpracy, jak również nie odnosi się do określonych danych mających wynikać z treści ofert podwykonawców. Zatem sposób zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, należy ocenić jako wadliwy*.

Izba tych zapatrywań nie podziela. Odwołujący klarownie wyjaśnił, że przed złożeniem oferty miała miejsce analiza doboru kontrahentów, analiza zasad dotychczasowej współpracy z poszczególnymi podmiotami i te elementy zaważyły na możliwości złożenia oferty konkurencyjnej. Wykonawca zaznaczył, że na podstawie złożonych ofert można ustalić listę jego kontrahentów, a przede wszystkim warunki cenowo- przedmiotowe, na jakich z tymi podmiotami współpracuje. Dla Izby niewątpliwie te elementy świadczą o wartości gospodarczej danej informacji. Część ofert podwykonawców, o czym była już mowa, dedykowana jest tylko Odwołującemu, zaś pozostałe oferty są szczegółowo rozpisane co do stawki i zakresu robót oraz sprzedawanych materiałów, warunków współpracy, rozdziału prac między Odwołującego a podwykonawcę, sposobu zabezpieczenia płatności lub innych przedmiotowo istotnych elementów oferty cenowej.

Katalogu zastrzeżonych informacji nie dyskwalifikuje w ocenie Izby to, że Odwołujący przedstawił jedynie ostateczne oferty cenowe. Zdaniem Zamawiającego nie świadczy to o możliwości uzyskania przez dany podmiot szczególnie korzystnych warunków cenowych. Zamawiający zapomina

jednak, że to właśnie na kanwie tych ofert Odwołujący stworzył kalkulację, która okazała się najkorzystniejsza po otwarciu ofert. Oznacza to, że inni Wykonawcy nie byli w stanie uzyskać takich warunków cenowych. Zatem Zamawiający nie jest w stanie wykluczyć, że pozyskanie zbioru informacji w postaci nazw podwykonawców i zaoferowanych Konsorcjum warunków biznesowych, może dla danego podmiotu oznaczać stratę finansową i zdecydować o utracie przewagi na danym rynku.

Całkowicie nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że *Konsorcjum nie wykazało w jaki sposób potencjalne ujawnienie kręgu podwykonawców mogłoby doprowadzić do utraty rzekomej przewagi konkurencyjnej*. Przeczy temu uzasadnienie zastrzeżenia strony 12-13 złożone przez Odwołującego. Wykonawca wskazuje, że przez lata działalności wyselekcjonował grupę sprawdzonych podwykonawców, współpracuje z nimi przy kolejnych realizowanych zamówieniach. Te fakty mogą być zweryfikowane przez samego Zamawiającego, dla którego Odwołujący realizuje zamówienia, przez proste porównanie grupy podmiotów zgłoszonych przez Wykonawcę, które podmioty się powtarzają, które występują częściej niż inne. Dalej Odwołujący podał na czym polegał proces weryfikacji, zarówno doświadczenia zawodowego, materiałów i posiadanego sprzętu. Kolejno wskazano na negocjowanie umów i uzyskanie rabatów. Rolą uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest ocena przez Zamawiającego skuteczności procesów negocjacyjnych prowadzonych przez dany podmiot ale wykazanie, że pewien zbiór informacji, rozwiązań zasługuje na ochronę. Zamawiający nie ocenia, czy Odwołujący dysponuje grupą skutecznych negocjatorów i jest w stanie uzyskać korzystne warunki, ale czy uzyskane warunki pozwoliły obniżyć cenę oferty. Jak widać w przedmiotowym postępowaniu, pozyskana współpraca oparta na wynegocjowanych zasadach, pozwoliła przedstawić Zamawiającemu korzystną ofertę. Tym samym ujawnienie listy podwykonawców i ofert przedstawionych przez te podmioty Odwołującemu (*wyselekcjonowany zbiór wysoko wyspecjalizowanych, rzetelnych podwykonawców, z którymi warto nawiązać współpracę*) może spowodować utratę wymiernych korzyści finansowych dla danego wykonawcy. Odwołujący jasno dodał, że mamy do czynienia ze zjawiskiem *zwiększonej walki konkurencyjnej spowodowanej ogromną pulą przetargów planowanych przez Zamawiającego i uruchomienia środków z KPO, co paradoksalnie może doprowadzić do istotnej obniżki cen, na granicy opłacalności. Elementem tej walki konkurencyjnej bez wątpienia będzie kwestia współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami. Ujawnienie zastrzeżonych informacji mogłoby wyrządzić Wykonawcy istotną szkodę. Wykonawca mógłby utracić przewagę konkurencyjną budowaną przez lata, bowiem konkurenci mogliby nawiązać współpracę z tymi samymi podmiotami, nie ponosząc uprzednio kosztów związanych z opisanym powyżej procesem weryfikacji kontrahentów*. Są to fakty notoryjne, nie wymagające dowodzenia, może bowiem mieć miejsce ograniczenie dysponowania przez podwykonawców odpowiednim sprzętem, zasobami ludzkimi czy materiałami.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący powinien wykazać, że *ujawnienie ofert stanowiłoby rzeczywiste zagrożenie uzasadnionych interesów Wykonawcy oraz doprowadziłoby do narażenia go na szkodę w wyniku upublicznienia danych (określonych informacji zamieszczonych w treści oferty)*. Jeżeli jednak Zamawiający nie kwestionuje, że Wykonawca podjął skuteczne środki celem zapewnienia poufności informacji, to w jaki sposób miałby wykazać to rzeczywiste zagrożenie. Dopiero bowiem ujawnienie tych informacji może spowodować szkodę, dlatego Wykonawca je chroni. Skoro są one chronione, to zagrożeniem jest ich ujawnienie, na czerpaniu bowiem z tych informacji przez inne podmioty polegać będzie szkoda Odwołującego. Przy czym nie oznacza to, zdaniem Izby, że wartość gospodarczą takiego zbioru informacji ma dla Odwołującego subiektywną wartość gospodarczą. Utrata przewagi na rynku oznacza bowiem konkretne wartości, a więc ma obiektywny charakter, przekłada się na uzyskanie mniejszej liczby zamówień, niższy zysk, czy też wartość niemierzalną, jak utrata zaufania partnerów biznesowych.

Nawiązując do odpowiedzi na odwołanie, że odwołanie odnosi się do przedmiotu zamówienia innego niż w przedmiotowym postępowaniu, to rzeczywiście w pkt 15 (strona 7 odwołania) oraz pkt 20 (strona 10 odwołania) Odwołujący błędnie argumentuje na temat podwykonawców dla branży SRK, która nie dotyczy przedmiotowego postępowania.

Nie można jednak pominąć, że Odwołujący przyznał się do błędu, nie negował jego wystąpienia. W ocenie Izby są to fragmenty pomijalne odwołania, nie decydujące o zasadności lub niezasadności zarzutów. Samo bowiem uzasadnienie zastrzeżenia, a także odwołanie potwierdza, że Odwołujący składa podobne uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z uwzględnieniem przedmiotu prowadzonych postępowań, bazując na podobnym, powtarzalnym schemacie działania związanym z czynnikami organizacyjnymi przedsiębiorstwa. Podobną omyłkę można dostrzec w odpowiedzi na odwołanie, w punktach 68 i 69 (strona 14/15 odpowiedzi), gdzie Zamawiający zapewne zapomniał usunąć argumentację dotyczącą branży SRK.

Podsumowując Izba uważa, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zastrzegane informacje nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uznano za zasadne.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odtajnienia informacji zawartych w

piśmie złożonym przez Odwołującego z wyjaśnieniami z dnia 7 października 2025 r. (pkt IV Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny ofertowej) oraz informacji zawartych w Załącznikach nr 1 – nr 8 do pisma i uznanie, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

.....