Sygn. akt KIO 506/26

Warszawa, 11 marca 2026 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie **6 marca 2026 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 lutego 2026 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** [„Odwołujący"]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych autostrady A2, drogi krajowej nr 2 (92) i drogi krajowej nr 68 zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, Rejon w Międzyrzecu Podlaskim wraz ze wszystkimi elementami* (OLU.D-3.2421.20.2025.AK)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie** [„Zamawiający"]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania** oraz **kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **uzasadnionych kosztów Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika**;

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Na niniejsze 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.**

U z a s a d n i e n i e

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad za pomocą Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie {dalej: „GDDKiA" lub „Zamawiający"}prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych autostrady A2, drogi krajowej nr 2 (92) i drogi krajowej nr 68 zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie, Rejon w Międzyrzecu Podlaskim wraz ze wszystkimi elementami*(OLU.D-3.2421.20.2025.AK).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 5 listopada 2025 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 213 pod poz. 732225.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

23 stycznia 2026 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odtajnieniu w całości wszystkich dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim {dalej również: „PRDM"}w złożonych 15 stycznia 2026 r. wyjaśnieniach dotyczących ceny i treści oferty.

2 lutego 2026 r. PRDM {dalej również: „Odwołujący"} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {chyba że poniżej wskazano przy danym przepisie na inny akt prawny}:

1.Art.18 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk"} – przez błędne uznanie, że PRDM nie wykazało ziszczenia się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie wszystkich informacji zawartych w dokumentach złożonych w ramach wyjaśnień ceny oraz treści oferty.

2. Art. 16 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości [zarzut niesamoistny].

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności objętej

zarzutem z pkt 1 powyżej.

W ramach uzasadnienia odwołania podniesiono okoliczności faktyczne i prawne służące sprecyzowaniu powyższych zarzutów, które została wzięte pod uwagę w takim zakresie, w jakim rzeczywiście mogły mieć znaczenie dla wykazania zasadności tych zarzutów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 29 stycznia 2026 r. wniósł o jego oddalenie, przedstawiając argumentację faktyczną i prawną, jak to poniżej przedstawiono w zakresie przydatnym dla rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 15 stycznia 2026 r. PRDM złożył, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty, w których następująco odniósł się do wartości gospodarczej zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do tego pisma nr: 3b – „Cennik usług transportowo-sprzętowych", 4 – „Zestawienie ilości godzin pracowników zaangażowanych w proces niniejszych wyjaśnień wraz z wartością wykonanych prac", 5 – „Szczegółowa kalkulacja dla GRUPY PRAC Nr 1 i nr 4, 6 – faktura za olej napędowy [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

(…)

Wykonawca zaznacza, że informacje te są opracowane w sposób uniwersalny w większości w zakresie wszystkich postępowań utrzymaniowych, zaś w odniesieniu do konkretnej, indywidualnej sytuacji dotyczącej konkretnego Zamawiającego odpowiednio dostosowywane w zakresie danych zmiennych wynikających z dokumentów zamówienia, w tym konkretnym postępowaniu przygotowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie oraz w odniesieniu do specyfiki warunków i wymagań stawianych w ramach niniejszego postępowania, które pozostają odmienne względem innych postępowań, czego przejawem są niepowtarzalne limity w ramach poszczególnych grup formularza TER. Należy zatem uznać, że są to w pewnym stopniu, za każdym razem informacje niepowtarzalne, przygotowywane i pozyskiwane przez wykonawcę przed złożeniem zamawiającemu konkretnej oferty właściwej dla danego zamówienia publicznego, a ponadto posiadają istotną wartość gospodarczą Wykonawcy wynikającą m.in. z dokonania objazdów sieci dróg objętych przedmiotowym postepowaniem, co stanowi również dodatkowy atut przy uwzględnieniu dokładnej znajomości świadczenia usług w podobnych kontraktach, w tym dla tożsamego Rejonu autostrady A1 w km 335+937,65 do km 399+742,51- na rzecz tożsamego Zamawiającego i kontraktów realizowanych w tożsamej formule, bowiem to Wykonawca zdobył właściwe tylko sobie doświadczenie i procesy właściwe dla zakresu przedmiotowej realizacji zamówienia i z tych też względów winny zostać zastrzeżone, zaś z uwagi na dotychczasowe unikalne doświadczenia Wykonawcy, obejmujące okresu kilkunastu lat realizacji umów, mają one odzwierciedlenie w indywidulanym, acz zgodnym z dokumentami zamówienia podejściu do kalkulacji w ramach TER GRUPA PRAC 1-13d.

(…)

Wartość gospodarcza przejawia się także w tym, że pracownicy Działu Bieżącego Utrzymania i Działu Kontraktów poświęcili wraz z niniejszymi wyjaśnieniami co najmniej (…) godzin na przygotowanie rzetelnej kalkulacji oferty, która uwzględniając wartość wynagrodzenia tych pracowników w ramach zatrudnienia na etacie i obowiązków służbowych ma wymierną wartość dla Wykonawcy, jako pracodawcy, który przez co najmniej (…) poświęconych przez pracowników na przygotowanie oferty w ramach niniejszego postępowania, nie mógł ich delegować w tym czasie do innych zadań w ramach stosunku pracy. Poświęcony przez pracowników czas na przygotowanie oferty w niniejszym postępowaniu, z uwagi na zaangażowanie pracowników w pozyskiwanie ofert dostawców materiałów czy podwykonawców w ilości co najmniej (…) również ma wartość gospodarczą bowiem doświadczenie, indywidualny charakter i zakres wiedzy każdego z pracowników Wykonawcy sprawia, że jest ona odmienna od pozostałych Wykonawców i nie może zostać zrównany z zasobami innych Wykonawców, bowiem nie uwzględnia rzetelności w doborze pracowników Wykonawcy już na etapie zatrudnienia i preselekcji kandydatów do pracy oraz, że pracownicy Ci mają unikalną wiedzę o umowach aktualnie realizowanych na rzecz tożsamego Zamawiającego. Gdyby Wykonawca nie złożył przedmiotowej oferty, czas pracy jego pracowników, mający wartość gospodarczą, zostałby spożytkowany w ramach innego postępowania, lecz właśnie ten dedykowany właśnie temu postępowaniu czas pracy pracowników Wykonawcy stanowi m.in. o wartości gospodarczej przekazanych w niniejszych wyjaśnieniach informacji, skoro czas pracy pracowników Wykonawcy został przypisany dla przedmiotowego postępowania.

Pozostali wykonawcy nie znają stawek wynagrodzenia obowiązujących u Wykonawcy, podobnie jak Wykonawca nie zna stawek wynagrodzenia funkcjonujących u pozostałych wykonawców, zaś ujawnienie niniejszych zastrzeżonych informacji postawi Wykonawcę, w gorszym położeniu od pozostałych konkurentów rynkowych, bowiem posiądą oni wiedzę, która nie została przekazana przez Wykonawcę w innym dokumencie, niż niniejsze wyjaśnienia opatrzone tajemnicą przedsiębiorstwa. Dzięki ujawnieniu zastrzeżonych informacji, które nie zostały wcześniej ujawnione, inne podmioty będą stanie przypisać niezbędne zasoby i koszty Wykonawcy do momentu złożenia oferty i w tymi też celu, Wykonawca zastrzegł przedmiotowe informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. (…) Wykonawca wskazuje, że już

iloczyn godzin pracy pracowników Wykonawcy oraz czasu, jaki poświęcili stanowi wartość gospodarczą w kwocie co najmniej…

(…)

(…) *Zastrzeżone informacje,* (…) *zostały sporządzone dla złożenia wyjaśnień dla przedmiotowego postępowania, na podstawie indywidualnej strategii Wykonawcy w zakresie ubiegania się o niniejsze zamówienie, z uwzględnieniem danych historycznych i analizie usług i robót wskazanych w TER 1-13d z realizacji umów utrzymaniowych dla tożsamego Zamawiającego. Wykonawca podkreśla, że zdolności organizacyjne Wykonawcy stanowią odzwierciedlenie indywidualnego, wieloletniego sposobu świadczenia usług (robót) oraz metod działania Wykonawcy opracowanych na podstawie indywidualnych doświadczeń (ze szczególnym uwzględnieniem zakresu świadczenia usług (robót) oraz wymagań Zamawiającego, …* (…) *Pozyskane w trakcie obecności Wykonawcy na rynku relacje biznesowe na przestrzeni przeszło dwudziestu pięciu lat oraz renoma przedsiębiorstwa, w tym długoletnie relacje z podmiotami, które realizowały już na rzecz Wykonawcy usługi lub roboty ujęte w złożonych ofertach powoduje, że pozyskane przez Wykonawcę oferty od innych podmiotów, celem złożenia oferty, mają zindywidualizowany charakter, uwzględniający wieloletnią współpracę stron i udzielone rabaty czy upusty, a złożone Wykonawcy oferty mają walor indywidualny i dedykowany w ramach niniejszego postępowania przez część z tych podmiotów wyłącznie Wykonawcy, co stanowi również element wyjątkowo korzystnych warunków usług w ramach niniejszego postępowania. Wykonawca posiada także doświadczenie we współpracy z podmiotami, które jako podwykonawcy realizowali już pewną część zakresu zbieżną z elementami przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego. Tym samym także podmioty dotychczas współpracujące z Wykonawcą, posiadają doświadczenie w realizacji zakresu usług podobną i zbliżoną jak dla Rejonu właściwego dla niniejszego postępowania. Powyższe wynika także z tego, Że Wykonawca w ramach wyjaśnień bazuje na ofertach podmiotów, z którymi często współpracował już przy realizacji pozyskanych zamówień, a więc stanowi to o posiadaniu przez Wykonawcę faktycznych relacji biznesowych, które również mają wartość indywidualną, która przejawia się zaoferowaniem cen oraz wskazaniem konkretnych powiązań biznesowych, co stanowi element zarządzania przez Wykonawcę w sposób autorski procesem realizacji usług, a przez to i oryginalności świadczonych usług. Również okoliczność, Że Wykonawca zatrudnia przeszło (…) stanowi okoliczności dostępne i właściwe Wykonawcy, którego duży zakres działalności bazuje na realizacji zamówień publicznych siłami własnymi, co w powiązaniu z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia miało wpływ na przyjęte założenia kalkulacyjne.*

(…)

Analiza wezwania Zamawiającego Wymaga wykazania indywidualnych założeń kalkulacyjnych właściwych Wykonawcy. Już sama poniżej przedstawiona metodologia algorytmu obliczania posiada wartość gospodarczą, bowiem jest wynikiem poświęcenia przez zasoby Wykonawcy setek godzin pracy jej pracowników zaangażowanych w proces ofertowania, a następnie wypracowania algorytmu, którego wartość jest aktualnie nie mniejsza niż…Ponadto sposób kalkulacji ceny [nie zaś samo wypełnienie pozycji formularza TER) odzwierciedla de facto konkretne „zasoby" przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku…

To know-how, właściwe tylko Wykonawcy, z uwagi na jego wieloletnie, indywidulane i właściwe tylko mu doświadczenia gospodarcze. Żaden z podmiotów na rynku nie realizował i nie mógł realizować w przeciągu ostatnich przeszło kilkunastu lat- tożsamych zamówień z zamówieniami, jakie tym czasie zrealizował związku z czym, wypracowany algorytm bazuje na właściwemu tylko Wykonawcy i wypracowanej dzięki temu metodologii pracy, która przekłada się na indywidualny i właściwy tylko wykonawcy algorytm z uwzględnieniem doświadczeń właściwych dla dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcje Dróg Krajowych i Autostrad.

Stanowi to per se dowód na wartość gospodarczą przedstawionych poniżej informacji.

Algorytm obliczania kwoty oferty w naszym przedsiębiorstwie z uwzględnieniem zmiennych w postaci dokumentów zamówienia właściwych dla danego konkretnego postępowania (czynnik zmienny) wygląda następująco:

- obliczenie kosztów bezpośrednich dla poszczególnych pozycji kosztorysowych obejmujących koszt robocizny, koszty pracy sprzętu wraz z obsługą

- koszty materiałów z dostawą na plac budowy z uwzględnieniem produkcyjnych normatywów zakładowych oraz założeń organizacyjnych dla konkretnej budowy

- ustalenie poziomu kosztów zabezpieczenia robót i innych prac przygotowawczych, pomocniczych

- doliczenie do kwoty równej sumie kosztów bezpośrednich i kosztów zabezpieczenia robót innych prac przygotowawczych, pomocniczych marży całkowitej jednolitej dla danej budowy lub zróżnicowanej dla poszczególnych części zadania ustalonej indywidualnie dla całego kontraktu przez Zarząd Spółki i rozbicie jej na poszczególne pozycje kalkulacyjne w celu uzyskania cen jednostkowych do oferty.

Analiza wskazanych przez Zamawiającego pozycji zawartych w załączonym do wezwania Zamawiającego odrębnym pliku (rozpoczynających się dla wyjaśnień dla GRUPY Prac nr 1- Nawierzchnie po GRUPĘ PRAC nr 4- Prac Odwodnienie)- wymaga wykazania również indywidualnych założeń kalkulacyjnych właściwych Wykonawcy. Już sama

poniżej przedstawiona w niniejszych wyjaśnieniach metodologia posiada wartość gospodarczą, bowiem jest wynikiem poświęcenia przez zasoby Wykonawcy setek godzin pracy jej pracowników zaangażowanych w proces ofertowania, a następnie wypracowania i złożenia konkurencyjnej oferty, a wartość takie indywidualnego ofertowania jest nie mniejsza niż ….

Wartość gospodarcza informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa zawartych w szczegółowej własnej kalkulacji Wykonawcy dla GRUP PRAC Nr 1-4, … wynosi łącznie…

(…)

Do naszej oferty przyjęto najbardziej korzystne cenowo oferty firm dostarczających materiały budowlane i firm podwykonawczych, z którymi współpracujemy od wielu lat i doliczono marżę, celem pokrycia kosztów Generalnego Wykonawstwa oraz uzyskania zysku, które znalazły odzwierciedlenie w ramach złożonej przez Wykonawcę oferty w niniejszym postępowaniu. Wartość gospodarcza ofert stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa Wykonawcy, zagregowanych w dowodzie nr 6 wynosi minimum…

(...)

Utajnione przez nas informacje są dedykowane, zostały zagregowane w sposób niepowtarzalny i zostały przygotowane wyłącznie na potrzeby niniejszego wezwania Zamawiającego, …

(…)

Z kolei Zamawiający w „Zawiadomieniu o odtajnieniu informacji" z 23 stycznia 2026 r. następująco określił zakres odtajnienia oraz uzasadnił prawnie i faktycznie dokonanie tej czynności [pisownia oryginalna, podkreślenia własne]:

(…) *Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie zawiadamia, że dokonał badania i oceny skuteczności zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji przekazanych przez Państwa wraz z wyjaśnieniami treści oferty z dnia 15.01.2026 r. W związku z powyższym, Zamawiający postanawia odtajnić w całości informacje zawarte w pliku o nazwie wyjasnienia_rnc_rejon_miedzyrzecz_podlaski_tajne_ do_podpisuv1 wraz z załącznikami:*

- dowod_nr_3b-_tajny
- zalacznik_nr_4_-_tajny
- dowod_nr_5_tajny
- dowod_6_-_tajne

[uzasadnienie prawne]

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r.– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jej ograniczenie jest możliwe wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. W art. 18 ust. 3 ustawy Pzp określono, że 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 ze zm.) – zwanej dalej UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wspomnieć należy, że według preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. (w sprawie niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystaniem i ujawnieniem) – uzasadnieniem korzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa jest ochrona własności intelektualnej lub informacji budujących przewagę konkurencyjną, dotyczącą klientów, dostawców, biznesplanów, badań, strategii rynkowych.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie. Brak któregokolwiek z tych elementów powoduje brak możliwości objęcia danej informacji w postępowaniu ochroną właściwą dla informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie KIO wskazuje się, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane w sposób ścisły i literalny. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Wykonawca zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 UZNK. Przedsiębiorcy decydujący się działać na

rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Na proceder zastrzegania przez wykonawców dokumentów celem uniemożliwienia zapoznania się z ich treścią przez innych wykonawców, zwróciła Izba uwagę właśnie w wyroku o sygnaturze akt KIO 18/22. Izba wskazała m.in. na uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653), w którym wskazano, że: „(…) 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".

Poszczególne elementy definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w orzecznictwie interpretowane są w sposób następujący:

1) *informacje muszą dotyczyć szczegółowo wskazanego w UZNK zakresu (ochrona obejmuje informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne, bądź inne posiadające wartość gospodarczą). Jak wskazuje orzecznictwo, informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania (np. formuł chemicznych, wzorców i metod działania) niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym – tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC rok 2001, Nr 4, poz. 59). Z kolei za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa (wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 stycznia 2013 r., II SA/Wa 1328/12). Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, a niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym (wyrok Sądu Najwyższego powołany powyżej). Pojęcia te (informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa) powinny być rozumiane szeroko, również jako „wiadomości dotyczące sposobów produkcji, planów technicznych, metod kontroli jakości, wzorów użytkowych i zdobniczych, wynalazków nadających się do opatentowania, jak też informacje związane z działalnością marketingową, z pozyskiwaniem surowców, organizowaniem rynków zbytu czy informacje odnoszące się do struktury organizacyjnej, zasad finansowania działalności, wysokości wynagrodzeń pracowników." (M. Uliasz, Przestępstwo naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Monitor Prawniczy).*
2) *Informacje o których mowa w pkt. 1) muszą posiadać wartość gospodarczą ustawodawca w art. 11 ust. 2 UZNK wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo przekonanie Wykonawcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Za błędne należy uznać przyjęcie, iż z samego faktu uznania przez Wykonawcę danej informacji za organizacyjną czy handlową wynika jej wartość gospodarcza. Wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. W wyroku Izby z 12 stycznia 2015 r., KIO 2784/14, Izba zwróciła uwagę, że: Wartość ta (gospodarcza) może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra, jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona, jako przynależne uprawnionemu wartości, (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych, jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. Wartości gospodarczej należy upatrywać również w takich informacjach, których ujawnienie może spowodować, bądź powoduje, szkodę dla podmiotu, którego tajemnica została naruszona.*
3) *Podjęcie przez uprawnionego, działań polegających na zachowaniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w poufności. Artykuł 11 UZNK ma na celu ochronę interesów przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa), tak aby w posiadanie pewnych danych nie weszły osoby nieuprawnione, w tym przede wszystkim konkurenci. Warunkiem koniecznym uznania informacji za podlegającą ochronie jest podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności.*

Obowiązkiem zamawiającego, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego [w przypisie nr 1: *Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05*] *jest weryfikowanie, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje*

rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem zamawiającego jest zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne. Nie można przy tym abstrahować od samych informacji, bo przyjęcie założenia, że opieramy się tylko na samym uzasadnieniu bez korelacji z nimi, mogłoby prowadzić do absurdu. Obowiązek i ciężar wykazania spoczywa na wykonawcy zastrzegającym informacje, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. W wyroku KIO z dnia 28.01.2021 (sygn. akt KIO 3483/20) Izba stwierdziła, że: „(…) ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca „wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał", co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia" (…)". Tym samym informacje przedłożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

[uzasadnienie faktyczne]

Na wstępie stwierdzić należy, że przedłożone przez Państwa uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa na str. 9-27 zawarte w złożonych wyjaśnieniach i przeplatane nimi opiera się na szeroko rozumianym przez Państwa terminie know-how, a nawet esencja know-how, który jest osią tego uzasadnienia. Zastrzeżone przez Państwa informacje są wprawdzie informacjami organizacyjnymi lub handlowymi, jednakże w niniejszej sprawie w uzasadnieniu brakuje konkretnego określenia związku przyczynowo-skutkowego między poszczególnymi zastrzeganymi informacjami, w tym dowodami np. w jaki sposób wiedza konkurencji o cenie jednorazowego zakupu oleju napędowego wskazana w dowodzie nr 6 mogłaby wpłynąć na osłabienie Państwa pozycji rynkowej. Jedynie formalnie, a nie realnie potwierdzają one okoliczność skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazywali Państwo, że wartość gospodarczą ma m. in. kalkulacja kosztów sporządzona przez niego w niniejszym postępowaniu na potrzeby wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Kalkulacja ta została zatem dokonana na potrzeby tego konkretnego postępowania. Nie wyjaśnili Państwo, w jaki dokładnie sposób mogłaby być w przyszłości wykorzystana przez innych wykonawców w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej oraz jaki jest szczególny unikatowy charakter tej kalkulacji. Były to tylko poszczególne ceny w powszechnie stosowanych pozycjach przy zamówieniach tego rodzaju, takich jak m. in. sprzęt, robocizna, materiały, usługi, zysk, koszty bezpośrednie itp., zatem twierdzenia o wyjątkowym charakterze kalkulacji należy uznać za gołosłowne. Nie wyjawili Państwo, jaka to szczególna wiedza i doświadczenie było potrzebne do sporządzenia kalkulacji. Sam fakt, że pracownicy przygotowywali ofertę oraz że bazują na dotychczasowych doświadczeniach oraz wiąże się to z poniesieniem pewnych kosztów nie stanowi żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Oczywistym jest fakt, że sporządzenie kalkulacji może zająć pracownikom jakiś czas, co wiąże się z kosztami, a pracownicy korzystają z nabytych doświadczeń. Każdy kontrakt ma swoją specyfikę – przedmiot, zakres, natężenie prac, okres realizacji itp., zatem wymaga indywidualizacji elementów cenotwórczych i trudno sobie wyobrazić, aby racjonalny Wykonawca kalkulując cenę oferty opierał się bardziej na porównywaniu kalkulacji ceny konkurentów z wcześniej przeprowadzonych postępowań, niż rachunku ekonomicznym. Trudno bowiem zakładać, że inni wykonawcy, mający doświadczenie pozwalające im na ubieganie się o udzielenie podobnych zamówień, nie dysponują własną metodyką pozwalającą im na złożenie konkurencyjnej oferty, bez korzystania z Państwa „algorytmu". Gdyby przyjąć inaczej, wszystkie lub większość zaoferowanych cen w poszczególnych pozycjach kosztorysowych winny mieć taką samą lub zbliżoną wartość, a zatem cenę ofertową, a tak się nie dzieje.

Dlatego też Zamawiający traktuje jako wyraz dużej nadinterpretacji zaprezentowane przez Państwa na str. 16 wyjaśnień stwierdzenie iż, „(…) Analiza wezwania Zamawiającego wymaga wykazania indywidualnych założeń kalkulacyjnych właściwych Wykonawcy. Już sama poniżej przedstawiona metodologia algorytmu obliczania posiada wartość gospodarczą, bowiem jest wynikiem poświęcenia przez zasoby Wykonawcy setek godzin pracy jej pracowników zaangażowanych w proces ofertowania, a następnie wypracowania algorytmu, którego wartość jest aktualnie nie mniejsza niż 180.000,00 zł. Ponadto sposób kalkulacji ceny (nie zaś samo wypełnienie pozycji formularza TER) odzwierciedla de facto konkretne „zasoby" przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku (Vide wyrok KIO z dnia 22 listopada 2013 r., KIO 2602/14).To know-how, właściwe tylko Wykonawcy, z uwagi na jego wieloletnie, indywidualne i właściwe tylko mu doświadczenia gospodarcze. Żaden z podmiotów na rynku nie realizował i nie mógł realizować w przeciągu ostatnich przeszło kilkunastu lat- tożsamych zamówień z zamówieniami, jakie w tym czasie zrealizował Wykonawcy, w związku z czym, wypracowany algorytm bazuje na właściwemu tylko Wykonawcy know-how i wypracowanej dzięki temu metodologii pracy, która przekłada się na indywidualny i właściwy tylko Wykonawcy algorytm z uwzględnieniem doświadczeń właściwych dla dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad". Treść powyższych zapisów wskazuje wyraźnie, że mamy tu do czynienia z wymieszaniem czynności związanych z przygotowaniem oferty oraz wyjaśnień jej treści, które nie są tożsame i trudno jest stwierdzić, czego faktycznie dotyczą.

Zamawiający przyjmuje ze zdziwieniem dalszą Państwa argumentację zaprezentowaną na str. 17 i n. dotyczącą wartości gospodarczej. Podawane przez Państwa jej wartości liczbowe uznać należy za astronomiczne i wręcz nierealne oraz traktować jedynie jako próbę zaakcentowania przez Państwa powodu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując – stwierdzić należy, że bezzasadne zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wypaczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia i stanowi jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowań. Zastrzeżone przez Państwa informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługują na ochronę, gdyż nie wypełniają wszystkich przesłanek ustawowej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie posiadają wartości gospodarczej. Wobec powyższego Zamawiający postanawia odtajnić przedmiotowe informacje - zastrzeżona przez Państwa tajemnica przedsiębiorstwa przestanie być tajna w wyżej wymienionym zakresie po upływie terminu na wniesienie odwołania na tę czynność i od tego momentu Zamawiający będzie mógł ją udostępniać wszystkim zainteresowanym na ich wniosek

Powyższe uzasadnienie faktyczne adekwatne i wystarczająco identyfikuje niewykazanie przez PRDM wartości gospodarczej informacji zawartych w utajnionych w całości załącznikach do wyjaśnień ceny oferty.

Przedstawione przez PRDM uzasadnienie, choć obszerne, rzeczywiście nie wykazuje, że kalkulacja cenowa wykonania jednego z zakresów prac objętych tym zamówieniem ma dla PRDM wartość gospodarczą. Uzasadnienie w tym zakresie sprowadza się do błędnego koła – wyjaśnienia ceny w tym zakresie mają mieć dla PRDM wartość gospodarczą, bo opiera się na unikalnym algorytmie stanowiącym know-how, które samo przez się ma wartość gospodarczą. Przy czym ów algorytm jest bardzo ogólny, nieskomplikowany, a zarazem dotyczy wyceny przedmiotu zamówienia, który ma charakter standardowy, powtarzalny, i został szczegółowo opisany w ramach warunków tego zamówienia. W konsekwencji dla każdego profesjonalnego wykonawcy działający na rynku tego typu usług taki sposób wyceny tego przedmiotu zamówienia jest oczywisty. Co istotne, również załączona do wyjaśnień utajniona kalkulacja, wbrew nadanej nazwie, ma charakter uproszczony, gdyż obejmuje podstawienie stawek pracy sprzętu, robocizny i materiałów do poszczególnych czynności objętych przedmiotem tego zamówienia oraz podanie innych wartości, bez ujawnienia sposobu ich wyliczenia, nawet na poziomie ogólności wspomnianego algorytmu. Również utajnione załączniki do kalkulacji nie zawierają danych na większym poziomie szczegółowości, np. wysokość stawek sprzętu została zadekretowana przez zarząd spółki, o czym zresztą jest mowa w wyjaśnieniach.

Natomiast, jak trafnie zidentyfikował to Zamawiający, nieporozumieniem jest upatrywanie przez PRDM wartości gospodarczej w liczbie godzin poświęconych przez pracowników na sporządzenie kalkulacji, której adekwatności zresztą nie sposób zweryfikować.

Z uwagi na brak wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji bez znaczenia są informacje o podjętych zabiegach w celu utrzymania poufności kalkulacji, zwłaszcza w sytuacji, gdy dla osób zajmujących się profesjonalnie tą dziedziną taki sposób kalkulacji jest oczywisty.

Izba zważyła, co następuje:

Jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, wyrażoną w art. 18 ust. 1 pzp, 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 pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest art. 18 ust. 3 pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy zaznaczyć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „poprzednio obowiązująca ustawa pzp lub „popzp"} analogiczne uregulowania zostały wprowadzone dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1153 ze zm.), gdyż pierwotnie ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu do poselskiego projektu powyższej ustawy (Sejm RP VII kadencji, nr druku 1653) trafnie zidentyfikowano potrzebę skorygowania dotychczasowego stanu prawnego: *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.

Stąd w znowelizowanym art. 8 ust. 3 popzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu *ad casu* spełnienia przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rola zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków została sprowadzona do stwierdzenia, czy wykonawca temu sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy jednoznacznie przesądzono, że to po stronie wykonawcy leży dołożenie należytej staranności zarówno w zastrzeganiu, jak i w uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji przedstawianych przez niego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy czym wspomnieć wypada, że już w uchwale z 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 Sądu Najwyższy wskazywał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. A następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.

De lege lata norma objęta art. 18 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2026 r. poz. 85) {dalej również: „uznk"} nakłada zatem na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Natomiast zamawiający w toku prowadzonego przez siebie postępowania ma ocenić, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania", oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za owo „wykazanie" nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej aktualnie z art. 11 ust. 2 uznk.

Jak to trafnie ujął Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21, przewidziany przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. Natomiast sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych nie jest wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 popzp [aktualnie art. 18 ust. 3 pzp].

Wykonawca, który chce skutecznie utajnić przed innymi wykonawcami i osobami trzecimi informacje przedstawiane zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie przesłanek wynikających z definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czyli że te informacje: po pierwsze – mają dla przedsiębiorstwa charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub jeszcze inny cechujący się wartością gospodarczą, po drugie – jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, po trzecie – że uprawniony do korzystania z nich lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Przede wszystkim nie budzi w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, że warunkiem *sine qua non* w ramach pierwszej przesłanki jest posiadanie przez daną informację wartości gospodarczej. Innymi słowy, nie każda informacja o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym (lub jeszcze innym) dla przedsiębiorstwa może być przedmiotem tajemnicy, ale wyłącznie taka, która ma pewną wartość gospodarczą. W orzecznictwie przyjmuje się, że *informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, to znaczy – ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające* [tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2014 r. sygn. akt II PK 49/14].

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, zgodzić się należy z Zamawiającym, który uznał za bezskuteczne zastrzeżenie przez Odwołującego kalkulacji składowej ceny oferty objętej wezwaniem, że Odwołujący w ramach złożonych wyjaśnień nie wykazał wartości gospodarczej zawartych tam informacji.

Jak przypomniał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/2 odpowiadając na pytanie siódme, celem art. 1 dyrektywy 89/665 (odwoławczej) jest ochrona wykonawców przed arbitralnością zamawiających dzięki zapewnieniu istnienia środków prawnych gwarantujących skuteczne stosowanie prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, w szczególności na etapie, na którym naruszenia można jeszcze skorygować. Aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego sąd

krajowy rozpatrujący odwołanie musi zweryfikować czy zamawiający słusznie uznał, że informacje, których przekazania odmówił, były poufne.

W konsekwencji bezpodstawny jest zarzut niedochowania przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 16 ustawy pzp.

Dysproporcja pomiędzy obszernością rozważań teoretycznoprawnych a szczupłością bądź jakością warstwy faktycznej (np. poświęcenia ponad 3 str. zasadności utajnienia ofert podwykonawców, które nie zostały załączone do wyjaśnień i nie były przedmiotem odtajnienia przez Zamawiającego) oraz zgłoszenie wniosków dowodowych bez znaczenia dla sprawy, czyni uzasadnionym zwrócenie uwagi na następujące przepisy rządzące przebiegiem postępowania odwoławczego.

Specyfika postępowania odwoławczego wyraża się przede wszystkim w zawartym w art. 555 ustawy pzp uregulowaniu (niezmienionym w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 popzp), że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazywanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności, przede wszystkim faktycznych, ale i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 ustawy pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Trafność powyższego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, podzielanego również w doktrynie, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z kolei aktualnie Sąd Okręgowy w Warszawie, który jako Sąd Zamówień Publicznych rygorystycznie przestrzega stosowania art. 555 pzp, w uzasadnieniu wyroku z 18 października 2023 r. sygn. akt. XXIII Zs 77/23wywiódł, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą nie ma charakteru całościowego postępowania kontrolnego, obejmującego ogólną prawidłowość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, a Izba jest władna badać ściśle konkretnie te kwestie, które zostały jej poddane przez odwołującego (a następnie ewentualnie zmodyfikowane uwzględnieniem odwołania przez zamawiającego i sprzeciwem przystępującego) – i tak przedstawiony jej zakres zaskarżenia i zarzutów poddać konfrontacji z regulacją art. 554 ust 1 pkt 1 oraz art 555 ustawy pzp. Sąd z całą mocą podkreślił, że niedopuszczalne jest orzekanie przez Izbę w zakresie niespornym oraz co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest bowiem uprawniona do dowolnego zakresu rozpoznania odwołania (ustalenia substratu zaskarżenia), gdyż w systemie środków ochrony prawnej na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych dysponentem odwołania jest odwołujący, a także zamawiający (uznając bądź nie zarzuty odwołania) oraz jego uczestnicy (korzystając z prawa do wniesienia sprzeciwu). Stąd zarówno orzekanie przez Izbę w zakresie nieobjętym sprzeciwem (a zatem w zakresie niespornym), jak i co do zarzutów niezawartych w odwołaniu jest niedopuszczalne.

Natomiast zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie uregulowanie (niezmienione w stosunku do tego z art. 192 ust. 7 zd. 1 popzp) stanowi potwierdzenie, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i co do zasady obowiązuje w nim klasyczny rozkład ciężaru dowodu. Przyjęte rozwiązanie wynika z obowiązującej w prawie cywilnym zasady, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne (art. 6 Kodeksu cywilnego). Innymi słowy ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto twierdzi o istnieniu danego faktu, a nie na tym, kto twierdzeniu temu zaprzecza (łac. *ei incubit probatio qui dicit non qui negat*). Aktywność we wnioskowaniu dowodów powinien wykazywać zwłaszcza odwołujący, który wywodzi z podnoszonych w odwołaniu faktów skutki prawne w postaci stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy pzp, które ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co jest konieczne dla uwzględnienia odwołania. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 10 sierpnia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 86/22: *..to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski.*

W niniejszej sprawie Odwołujący o tyle miał utrudnione zadanie, o ile przedmiotem rozpoznania mogła być tylko prawidłowość czynności Zamawiającego w kontekście uzasadnienia zawartego w ramach wyjaśnień dotyczących ceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1.

sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożoną fakturą VAT), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, 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. poz. 2437) obciążając nimi Odwołującego.