Sygn. akt: KIO 2602/13

WYROK
z dnia 22 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2602/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obcią a wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,** i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** na rzecz zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……..……

Sygn. akt KIO 2602/13

Uzasadnienie

Zamawiający: Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 631 relacji Nowy Dwór Maz. - Warszawa; Rozbudowa odcinka Zielonka - granica Warszawy do przekroju dwujezdniowego". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 130-223498 w dniu 6 lipca 2013r.

Wykonawca ubiegający się o zamówienie: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na zaniechaniu odtajnienia części wyjaśnień z dnia 18 października 2013r. zło onych przez Skanska S.A., zastrze onych przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jest w zakresie:

1. danych zawartych w pkt A „Gwarancje i ubezpieczenia" (str. 4 ww. pisma);

2. danych zawartych w pkt B „Obsługa geodezyjna” (str. 4 ww. pisma);
3. wysokości kosztów w pkt C „Zaplecze wykonawcy” (str. 5 ww. pisma);
4. wysokości kosztów badań laboratoryjnych w pkt D „Badania laboratoryjne” (str. 5 ww. pisma);
5. wysokości w pkt E „Koszty ogólne budowy” (str. 5 ww. pisma) oraz sumy kosztów dla pozycji A-E (str. 6 ww. pisma);
6. kwot kosztów robót bran owych w pkt F „Koszty robót bran owych” (str. 6 ww. pisma) oraz sumy kosztów pozycji F i sumy kosztów pozycji A-F (str. 7 ww. pisma).

Odwołujący wyjaśnił, e w dniu 30.10.2013 r. powziął informację o treści pisma zamawiającego z dnia 29.10.2013r. informującego Skanska S.A. o częściowym odtajnieniu wyjaśnień dotyczących ra ąco niskiej ceny z dnia 18 października 2013 r., utajniając tym samym pozostałą treść tych wyjaśnień.

Zdaniem odwołującego ww. działania zamawiającego naruszają przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „Pzp”, a w szczególności:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003r. Nr 153 poz. 1503 t.j.), poprzez utajnienie wyjaśnień Skanska S.A. z dnia 18 października 2013 r. w zakresie wskazanym przez odwołującego w odwołaniu, pomimo e dane te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. art. 8 ust. 1 oraz art. 7 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania i udostępnienie odwołującemu wyjaśnień Skanska S.A. z utajnionymi danymi pomimo, e nie

zachodzą przesłanki do ograniczenia jawności postępowania, przez co doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odtajnienia treści wyjaśnień Skanska S.A. z dnia 18 października 2013 r. w pełnym zakresie zaskar onym przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, e ma interes w zaskar eniu czynności utajnienia części treści wyjaśnień Skanska S.A., dotyczących ra ąco niskiej ceny. Odwołujący zło ył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Utajnienie wyjaśnień Skanska S.A. narusza interes odwołującego - w ten sposób zamawiający pozbawia odwołującego mo liwości zapoznania się ze zło onymi wyjaśnieniami jego konkurenta w przetargu. Odwołujący podkreślił, e Strabag Sp. z o.o., będąc profesjonalistą na rynku budowlanym i działając w analogicznych warunkach handlowych co Skanska S.A., posiada równie , jak i zamawiający, wiedzę co do cen rynkowych realnych i mo liwych do uzyskania. Zapoznanie się z wyjaśnieniami w zaskar onym zakresie umo liwi faktyczną ocenę prawidłowości wyjaśnień, nie tylko przez samego zamawiającego, ale równie podmiot z tej samej bran y budowlanej. W przypadku, gdy zaistnieją przesłanki uzasadniające uznanie, e cena oferty Skanska S.A. ra ąco odbiega od ceny innych wykonawców, to po dokonaniu wyboru tej oferty, odwołujący, jako kolejny wykonawca, który zaoferował drugą cenę, pozbawiony zostałby prawa do weryfikacji tych wyjaśnień w pełnym zakresie. Odwołujący wyjaśnił, e zło ył odwołanie ju na obecnym etapie postępowania, aby chronić własny interes w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwał Skanska S.A. do zło enia wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny oferty. W odpowiedzi na powy sze, wykonawca Skanska S.A. zło ył wyjaśnienia pismem z dnia 18 października 2013r., zastrzegając ich treść jako tajemnicę handlową przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 24 października 2013 r. wezwał Skanska S.A. do wskazania, które elementy wyjaśnień lub mo e całe pismo powinno zdaniem wykonawcy zostać utajnione. W odpowiedzi na powy sze Skanska S.A. podała w piśmie z dnia 25 października 2013r. zakres wyjaśnień, które w jej ocenie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2013 r. poinformował wykonawcę Skanska S.A., e w związku z wnioskiem o utajnienie udzielonych wyjaśnień w zakresie ra ąco niskiej ceny, częściowo dokonał ich odtajnienia. W ocenie zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Skanska S.A. „elementy pisma, w których Wykonawca opiera swoje wyjaśnienia na informacjach ogólnodostępnych.” Pozostałe elementy wyjaśnień zamawiający uznał za tajemnicę przedsiębiorstwa Skanska S.A. i w tym zakresie uwzględnił wniosek o utajnienie udzielonych wyjaśnień.

Odwołujący w dniu 30 października 2013r. zwrócił się o udostępnienie kopii wyjaśnień

udzielonych przez Skanska S.A. i otrzymał wówczas ww. wyjaśnienia z zakreśleniem części ich treści, znajdującej się na stronach 3, 4, 5, 6, 7 i 8 oraz bez załączników, zło onych do wyjaśnień. W ocenie odwołującego, utajnienie wyjaśnień w zaskar onej części było nieuprawnione, bowiem dane tam zawarte nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, e zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:
- informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadać wartość gospodarczą (informacja mo e mieć inny charakter ni techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale tak e pod warunkiem posiadania wartości gospodarczej),
- informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- przedsiębiorca podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

W ocenie odwołującego, dane zastrze one przez Skanska S.A. w zakresie zaskar onym w odwołaniu nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i w konsekwencji nie było podstaw do ich utajnienia. Informacje o wysokości kosztów, składających się na cenę zaoferowaną przez Skanska S.A. nie mają charakteru technicznego, technologicznego czy te organizacyjnego przedsiębiorcy oraz nie posiadają wartości gospodarczej - innej ni mo liwość weryfikacji oferty wykonawcy w ramach niniejszego postępowania przetargowego. Co istotne, dane te nie zawierają adnych zapisów wskazujących na stosowane przez adnej wyjątkowo strze onej wykonawcę rozwiązania organizacyjne. Nie dotyczą one wiedzy, a są wyłącznie składnikami zaoferowanej ceny na potrzeby tego konkretnego postępowania.

Odwołujący zarzucił, e koszty gwarancji i ubezpieczenia (pkt A wyjaśnień, str. 4), jak równie koszty obsługi geodezyjnej (cz. B wyjaśnień, str. 4), koszty zaplecza (pkt C, str. 5), badania laboratoryjne (pkt D, str. 5), koszty ogólne budowy (pkt E, str. 5), a tak e suma tych kosztów, pozwalają w sposób ogólny poznać części ceny, jednak e nie są to jakiekolwiek dane, z których skorzystanie umo liwi komukolwiek uzyskanie szczególnej wiedzy w zakresie tajemnicy handlowej przedsiębiorstwa. W szczególności biorąc pod uwagę, e sposób wyliczenia tych kosztów Skanska S.A. przedstawia wielokrotnie w swoich ofertach.

Odnosząc się natomiast do zastrze enia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie Kosztów robót bran owych (pkt F, str. 6) oraz sumy tych kosztów, odwołujący zarzucił, i pomimo, e wykonawca Skanska S.A. wskazał, e ceny robót bran owych w przewa ającej mierze zostały obliczone i zaoferowane w oparciu o oferty podwykonawców

- okoliczność ta w aden sposób nie została potwierdzona przez wykonawcę. Przeciwnie, do wyjaśnień zostały dołączone wyłącznie 4 briefy umów (zastrze one jako tajemnica przedsiębiorstwa). Ze spisu załączników do wyjaśnień nie wynika, aby Skanska S.A. przedstawiła w wyjaśnieniach jakiekolwiek oferty podwykonawców. Mając na uwadze powy sze tym bardziej za chybione nale y uznać stanowisko, i dane te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego dane te zostały zastrze one wyłącznie dla uniknięcia faktycznej weryfikacji zaoferowanej ceny, co ogranicza przejrzystość i konkurencyjność postępowania. Odwołujący wskazał, e przyczyny zastrze enia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa winny mieć charakter na tyle zobiektywizowany, by mo liwa była ich weryfikacja, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Zamawiający mo e ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Stosowanie zatem ograniczeń w tym zakresie stanowi wyjątek i musi być interpretowane wąsko.

Wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł na rozprawie o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał swoje stanowisko, stwierdzając, e informacje, które nie zostały odtajnione stanowiące część wyjaśnień zło onych przez wykonawcę Skanska S.A. odnośnie elementów składowych zaoferowanej ceny, podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia zło one przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zwa yła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, e odwołujący jest legitymowany w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp do wniesienia odwołania. Izba uznała, e odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz mógłby ponieść szkodę w przypadku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrze onych w ofercie zło onej przez wykonawcę Skanska S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Izba stwierdziła, e przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłoszone przez wykonawcę Skanska S.A. spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 Pzp. Wykonawca wykazał tak e posiadanie interesu w przystąpieniu, stosownie do art. 185 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisów art. 8 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień Skanska S.A. z dnia 18 października 2013r. w zakresie wskazanym w odwołaniu, pomimo e dane te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. w zakresie: danych zawartych w pkt A „Gwarancje i ubezpieczenia", w pkt B „Obsługa geodezyjna", wysokości kosztów w pkt C „Zaplecze wykonawcy", wysokości kosztów badań laboratoryjnych w pkt D „Badania laboratoryjne", wysokości kosztów w pkt E „Koszty ogólne budowy" oraz sumy kosztów dla pozycji A-E, kwot kosztów robót bran owych w pkt F „Koszty robót bran owych" oraz sumy kosztów w pozycji F i sumy kosztów w pozycji A-F ww. wyjaśnień, Izba uznała zarzut powy szy za niezasadny.

Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, zamawiający mo e ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca, nie później ni w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, e nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie mo e przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Analiza przepisu art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, e pozostałe elementy oferty wykonawca mo e zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrze one przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności".

Przepis powy szy wymienia przykładowo rodzaje informacji, jakie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Tajemnicę przedsiębiorstwa mogą stanowić równie innego rodzaju informacje, np. koncepcje (ekonomiczne, marketingowe), informacje o kontrahentach itp. Aby

informacje takie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa muszą one posiadać wartość gospodarczą. O tym, czy dane informacje rzeczywiście posiadają wartość gospodarczą, nie decyduje subiektywne przekonanie przedsiębiorcy lecz kryteria obiektywne. Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie mo e zatem wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, e dana informacja nie była jeszcze publicznie znana, jej ujawnienie zagra ałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz informacja ta mo e być uwa ana za poufną w świetle zwyczajów i praktyk danej bran y. Tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią takie informacje, które mogą przedstawiać realną wartość, zwłaszcza dla konkurencji w danej bran y na rynku.

Dla zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest równie , aby informacje takie nie były powszechnie dostępne. Nawet specjalistyczna wiedza bran owa, jeśli jest dostępna np. w publikacjach naukowych nie mo e stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezale nie od rodzaju informacji, dla uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest, aby przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powy sze stanowisko zostało wielokrotnie potwierdzone w orzecznictwie, zarówno Sądu Najwy szego, jak i sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wynika z treści orzeczenia Sądu Najwy szego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), za tajemnicę przedsiębiorstwa mo e być uznana określona informacja (wiadomość), je eli spełnia łącznie trzy warunki:

1) ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a tak e
3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Sąd Najwy szy stwierdził tak e m.in., e informacja handlowa jest to informacja, która obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku o sygn. akt XIXGa 167/07 uznał, e „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na ądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ra ąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, równie tymi uczestniczącymi w przetargu. (...)".

W orzecznictwie ETS przyjmuje się, e wszelkie odstępstwa od zasad słu ących zapewnieniu skuteczności praw wykonawcom w zakresie zamówień przyznanych publicznych nale y interpretować ściśle, a na osobie, która powołuje się na odstępstwo, spoczywa cię ar udowodnienia, e rzeczywiście zaistniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające jego zastosowanie (zob. ETS wyrok z dnia 17 listopada 1993r. w sprawie C-71/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. S.I-5923, pkt 36, wyrok z dnia 3 maja

1994 r. w sprawie C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii Rec. S.I-1569, pkt 15 i 16, a tak e wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/08 Komisja przeciwko Włochom). W świetle powy szego wykonawca ądający zachowania poufności informacji, musi wykazać, e informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a tak e, e podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykonawca Skanska S.A. zło ył wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny (pismo z dnia 18 października 2013r.), których treść zastrzegł jako tajemnicę handlową przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 24 października 2013 r. wezwał Skanska S.A. do wskazania, które elementy wyjaśnień powinny zdaniem wykonawcy zostać utajnione. W odpowiedzi wykonawca Skanska S.A. podał (pismo z dnia 25 października 2013 r.) zakres wyjaśnień, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 29 października 2013r. poinformował wykonawcę Skanska S.A., e częściowo dokonał odtajnienia ww. wyjaśnień w zakresie ra ąco niskiej ceny, tj. w zakresie części opisowej sposobu kalkulacji ceny oferty. Jako informacje poufne zamawiający pozostawił m.in. informacje określające wysokości kosztów, jakie składają się na cenę zaoferowaną przez Skanska S.A., których odtajnienia dotyczy ądanie odwołującego, tj. koszty gwarancji i ubezpieczenia, koszty obsługi geodezyjnej, koszty zaplecza, badań laboratoryjnych, koszty ogólne budowy (koszty personalne wraz z niezbędnym wyposa eniem technicznym), a tak e suma tych kosztów, koszty robót bran owych oraz ich suma.

Izba uznała, e powy sze dane liczbowe zawarte w wyjaśnieniach Skanska S.A., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, podlegają

ochronie jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślić nale y, e dane te same w sobie, jako pojedyncze informacje, tak jak odwołujący wskazał je w odwołaniu, tj. bez uzupełniającego je opisu, nie stanowią istotnej wartości gospodarczej. Zwa ywszy na fakt jednak, e stanowią one część wyjaśnień zło onych przez wykonawcę w formie opisowej, ich znaczenie nabiera znacznie większego znaczenia w powiązaniu z całą treścią zło onych wyjaśnień. Informacje kwotowe zostały w tych wyjaśnieniach opatrzone komentarzem z punktu widzenia sposobu kalkulacji ceny oferty. Są to istotne składniki zaoferowanej ceny, skalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia.

Koszty gwarancji i ubezpieczenia (pkt A wyjaśnień), jak równie koszty obsługi geodezyjnej (cz. B wyjaśnień), koszty zaplecza (pkt C), badania laboratoryjne (pkt D), czy te koszty ogólne budowy (pkt E), a tak e suma tych kosztów stanowią istotne w ocenie Izby informacje handlowe, będące efektem zdobytego przez wykonawcę Skanska S.A. na rynku doświadczenia, kontaktów handlowych itp. Pozwalają one poznać sposób kalkulacji ceny

przez dane przedsiębiorstwo w zakresie, który zwyczajowo nie jest ujawniany do wiadomości konkurencji w danej bran y (w tym przypadku – budowlanej). Podobnie, poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót bran owych (pkt F) przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, współpracujących z firmą Skanska S.A. od wielu lat nara ałoby wykonawcę Skanska S.A. na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych przez podwykonawców. W robotach wycenionych „w siłach własnych" – podane wartości kwotowe umo liwiają pozyskanie przez konkurencję istotnych danych dotyczących sposobu kalkulacji przyjętego przez wykonawcę w tym zakresie. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo mo e skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku.

W ocenie Izby powy sze dane, poddane dokładnej analizie w powiązaniu z informacjami opisowymi zawartymi w wyjaśnieniach, które zostały ujawnione przez zamawiającego w przewa ającej części, w odniesieniu do wszystkich pozycji kosztowych, umo liwiają konkurencji pozyskanie informacji handlowej przedsiębiorstwa Skanska S.A., która posiada wartość gospodarczą i zwyczajowo jest chroniona przez przedsiębiorców na tym rynku. Odwołujący twierdząc, e „sposób wyliczenia powy szych kosztów wykonawca Skanska S.A. przedstawia wielokrotnie w swoich ofertach", nie powołał jednak adnego dowodu na poparcie powy szej tezy. Wprost przeciwnie wyjaśnił na rozprawie, e kalkulacje ceny oferty są ka dorazowo przygotowywane indywidualnie dla ka dego zamówienia, z uwzględnieniem jego specyficznych warunków. Powy sze oznacza zatem, e ka dy taki projekt wymaga przygotowania odrębnej koncepcji realizacji robót, szczegółowej analizy warunków realizacji oraz w związku z tym przyjęcia odpowiedniej strategii kalkulacji ceny oferty. Prace te opierają się bez wątpienia na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, potencjale technicznym i osobowym, kontaktach handlowych itp. Sposób kalkulacji ceny odzwierciedla więc de facto konkretne „zasoby" przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku.

Oceniając ostatnią, ze wskazanych powy ej, przesłankę uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, e przystępujący – Skanska S.A. wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, e informacje, których ujawnienia domaga się odwołujący, są chronione przez tego wykonawcę jako tajemnica handlowa. Dowodzą tego obowiązujące w firmie procedury, które wynikają z regulacji wewnętrznych, takich jak m.in. „Zakładowy Układ Zbiorowy Pracy" (ze stycznia 2013 r.) przedło ony przez ww. wykonawcę do akt sprawy (§ 29) oraz „Klasyfikacja jawności dokumentów", zgodnie z którą ten rodzaj informacji, którego dotyczy odwołanie (informacje związane z udziałem firmy Skanska S.A. w przetargach) stanowią „dane ograniczone", przeznaczone wyłącznie dla ograniczonej

liczby osób. Ponadto w toku postępowania nie zostało wykazane przez odwołującego, e dane zastrze one w wyjaśnieniach firmy Skanska S.A. w zakresie zaskar onym

w odwołaniu, zostały w jakikolwiek sposób wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, co dyskwalifikowałoby te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przedstawionych względów nale ało uznać, e informacje zakwestionowane przez odwołującego, spełniają wszystkie przesłanki, określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wobec tego podlegają one ustawowej ochronie.

W świetle powy szego, za nietrafny Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania pomimo, e nie zachodzą przesłanki do jej ograniczenia, przez co doszło w konsekwencji do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Europejski Trybunał Sprawiedliwości uznał ochronę tajemnicy handlowej za ogólną zasadę (zob. wyrok z dnia 24 czerwca 1986 r. w sprawie 53/85 AKZO Chemie i AKZO Chemie UK przeciwko Komisji Rec.str. 1965, pkt 28, wyrok z dnia 19 maja 1994 r. w sprawie C-36/92 P SEP przeciwko Komisji, Rec. Str. I-1911, pkt 37). Nieujawnienie informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została przez wykonawcę zastrze ona w ofercie, nie narusza zasadny uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców lecz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów podmiotów gospodarczych uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……