

WYROK

z dnia 25 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Kuszel-Kowalczyk
Anna Osiecka**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 maja 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie**

przy udziale wykonawców, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

- **Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku** oraz
- **VOESSING POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego**

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

I. Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Budowa drogi S6 – Zachodnia Obwodnica Szczecina” z podziałem na 2 części.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. w tymże postępowaniu, przez Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 Prawa zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913 z późn. zm., dalej jako: „uznk.”) w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych, poprzez niewłaściwą ocenę przez Zamawiającego stanu faktycznego sprawy i błędne przyjęcie przez Zamawiającego, że:

1.1. objęcie przez Odwołującego zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w niżej wymienionych trzech plikach:

1.2. Odwołujący zastrzegł informacje zawarte w trzech plikach (o nazwach: „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig”, „ZAŁĄCZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig” i „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig”), jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób niewłaściwy, bowiem uzasadnienia dla dokonanych zastrzeżeń są jedynie zbiorami ogólnych twierdzeń Odwołującego, bez argumentacji faktycznej oraz bez wykazania i udowodnienia zasadności dokonywanego zastrzeżenia, jak również bez łącznego spełnienia przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 uznk (w szczególności poprzez rzekome niewykazanie wartości gospodarczej dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), nie jest skuteczne, ponieważ informacje w nich zawarte nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, oraz że:

pomimo tego, że informacje te spełniają wszystkie przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów uznk i Pzp, a Sweco prawidłowo i terminowo

(wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji) zastrzegło, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz prawidłowo i skutecznie wykazało, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, chronioną prawem przed udostępnieniem podmiotom trzecim;

2. Art. 74 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie w/w przepisu przez Zamawiającego polegające na przyjęciu, że wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w celu zbadania, czy cena jego oferty zawiera rażąco niską cenę, należy traktować jako ofertę i stosować dla nich zasady udostępniania jak dla oferty (opisane w treści art. 74 ust. 2 pkt 1) Prawa zamówień publicznych), podczas gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wszystkie dowody dołączane do tych wyjaśnień są załącznikami do protokołu Postępowania niemieszczącymi się w dyspozycji art. 74 ust. 2 pkt 1) Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji podlegają one ewentualnemu udostępnieniu (przy czym wyłącznie w zakresie, w jakim nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa) najwcześniej po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniu Postępowania, a w konsekwencji postawienia zarzutów jak pkt 1 ppkt 1.1 oraz 1.2, jak również pkt 2 powyżej zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

3. Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) w związku z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie Postępowania z zaniechaniem stosowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, w szczególności poprzez dokonanie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla niejawnych części wyjaśnień rażąco niskiej ceny (oraz dowodów dołączonych do tych wyjaśnień) przedłożonych przez Sweco w dniu 14 marca 2022 r. na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia informacji znajdującego się w ofercie Sweco złożonej w dniu 4 lutego 2022 r. odnoszącego się do odmiennego niż badany zakresu i rodzaju informacji, podczas gdy uzasadnienie zastrzeżenia wraz z dowodami dotyczące niejawnych załączników do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Sweco, Sweco przedstawiło w części jawnej przedkładanych w dniu 14 marca 2022 r. wyjaśnień, wraz z przekazaniem zastrzeganych dokumentów.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu uchylenia częściowego wadliwej Decyzji z 22 kwietnia poprzez unieważnienie czynności objętej w/w zawiadomieniem o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w 3-ch niżej wymienionych plikach złożonych przez Sweco w toku Postępowania jako wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i oznaczonych jako „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”, tj.:

-/ „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig”

-/ „ZAŁACZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig”

-/ „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig”,

3) nakazanie Zamawiającemu uznania, iż w/w trzy dokumenty/pliki zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co oznacza, że nie będą one ujawniane i udostępniane jako załączniki do protokołu Postępowania innym uczestnikom Postępowania i/lub osobom trzecim,

4) nakazanie Zamawiającemu uznania, że wszystkie jawne bądź prawidłowo odtajnione dokumenty/pliki oraz informacje stanowiące wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przedłożone przez Sweco stanowią załączniki do protokołu Postępowania, co oznacza, że mogą one co do zasady podlegać ewentualnemu udostępnianiu innym uczestnikom Postępowania i/lub osobom trzecim dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej albo po unieważnieniu Postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazywał, że „pozyskał i zbudował (w ciągu kilku ostatnich lat) dla celów zoptymalizowania procesu przygotowania i wyceny przedkładanych przez siebie ofert, dla zwiększenia konkurencyjności swoich ofert oraz na potrzeby przyszłych realizacji, własny – autorski wieloelementowy system zawierający metodologię wyceny/kalkulacji swoich cen ofertowych na wykonanie wszelkiego rodzaju usług projektowych, konsultingowych i inżynierskich. System ten opiera się na historycznych danych ze wszystkich projektów/usług już przez Sweco zrealizowanych oraz na danych pochodzących z postępowań przetargowych, gdzie Sweco złożyło swoje oferty. System ten obejmuje elementy oprogramowania (IT), obszerne bazy danych z konkretnymi opcjami i algorytmami analitycznymi oraz modelami obliczeniowymi, elementy organizacyjne dot. modelowania ceny i analizy ryzyk (m.in. prezentowane Zamawiającemu na grafach, schematach, etc.), weryfikowanie zakresów przyznawanych kompetencji i odpowiedzialności poszczególnych członków zespołu realizacyjnego, wnioski i działania wynikające z np. braków wiedzy w poszczególnych obszarach działania, a w związku z tym propozycje przyszłych szkoleń dla personelu, itp.”.

Dodatkowo, na rozprawie, odnośnie kalkulacji szczegółowej wskazywał, że jest ona skonstruowana odmiennie od obowiązkowej kalkulacji, której wzór Zamawiający sporządził. Odnosi się do trzydziestu jeden szczegółowych pytań z wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Według niego jest to informacja gospodarcza, a możliwość specyficznego ujęcia w trzydziestu jeden punktach umożliwił Odwołującemu wdrożony przez niego autorski system, który pozwala na efektywne wyliczenia. Jego zdaniem, jeżeli Zamawiający odtajniłby informacje zgodnie z zapowiedzią, to konkurenci nakładając na siebie informacje z trzech dokumentów objętych odwołaniem, metodą odwrotnej inżynierii mogliby dojść do odkrycia sposobu, w jaki Odwołujący dokonuje kalkulacji ceny. Twierdził, że jest to sposób tylko jemu

znany i jego ujawnienie prowadziłyby do takich strat gospodarczych po stronie Odwołującego, że cenniejsze dla niego byłoby zrezygnowanie z tego postępowania. Wskazywał, że w grafie ujęto ilustracyjnie, w jaki sposób Odwołujący dochodzi do ceny podanej w ofercie. Ujawnienie takiego algorytmu byłoby równoznaczne z ujawnieniem know-how Odwołującego. Co do części tajnej wyjaśnień rażąco niskiej ceny podnosił, że prezentuje tam konkretne wartości procentowe i kwotowe oraz opis systemu i jego założeń, które wykorzystał. Podkreślał, że jego unikalna metoda kalkulacji i autorski system pozwoliły mu w ostatnim czasie wygrać trzydzieści dwa postępowania w zakresie designu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający odmiennie niż Wykonawca oceniał charakter wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uznając je za część oferty. Wyjaśnienia te jedynie doprecyzowują ofertę w zakresie ceny. Brak jest zatem, zdaniem Zamawiającego, racjonalnych podstaw, aby traktować je rozłącznie od oferty i ujawniać dopiero po wyborze oferty.

W odniesieniu do dokumentu ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig Zamawiający podnosił, że przygotowanie cen jednostkowych dla warunków danego postępowania jest zjawiskiem naturalnym i samo w sobie nie uzasadnia objęcia informacji na temat cen jednostkowych ochroną wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej w uzasadnieniu dotyczącym powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca wprost wskazał, iż zastrzega wartość liczbową zysku w PLN jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jednak brak jest takiego wskazania co do kalkulacji cenowej.

Niemniej, w ocenie Zamawiającego, nawet gdyby uznać, iż doszło do zastrzeżenia tego dokumentu, to w ocenie Zamawiającego nie spełnia on definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem cena w niniejszym postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania.

W odniesieniu do ZAŁĄCZNIKA NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig Zamawiający podnosi, że Wykonawca nie wykazał, aby odtajnienie tego załącznika wskazywało na naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy. Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do samego subiektywnego przekonania przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji. Odwołujący w Odwołaniu nie wykazał, które konkretnie elementy zastrzeżonych informacji oraz w jaki sposób ich pozyskanie pozwoliłyby innym wykonawcom uzyskanie przewagi konkurencyjnej lub jaki

realny skutek może to wyrzucić na jego sytuację rynkową. W uzasadnieniu nie wykazano istnienia związku przyczynowo – skutkowego między ujawnieniem zastrzeżonych dokumentów i informacji a szkodą, jaką może ponieść Wykonawca, ograniczając się w tym zakresie do ogólnego wskazania, że „udostępnienie tych informacji podmiotom konkurencyjnym w sposób oczywisty godziłoby w interes oraz dobra osobiste samego Wykonawcy, (...) ujawnienie zastrzeżonych przez Wykonawcę danych skutkować może zachwianiem konkurencji rynkowej oraz poważnym naruszeniem interesów i dóbr osobistych Wykonawcy”.

Jeżeli zaś chodzi o załącznik WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig to Zamawiający wyjaśniał, że częściowo uznał, iż Wykonawca wykazał, że opisywane przez niego metody połączenia funkcjonalności poszczególnych systemów informatycznych mogą być uznane za autorskie rozwiązanie Wykonawcy i z tego powodu pozostawił utajniony cały fragment odnoszący się do metod łączenia poszczególnych programów, które dostępne są na rynku. Brak jest przy tym, jego zdaniem, podstaw do utajniania nazw tych programów, czy opisów ich funkcjonalności oferowanych przez producentów tych systemów. Fakt korzystania z powszechnie dostępnych na rynku programów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, sam opis funkcjonalności programów nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa bo jest to fakt znany powszechnie, sam fakt wynegocjowania niższych stawek stanowi część wyjaśnień RNC, które muszą być weryfikowalne przez innych wykonawców, fakt korzystania przez przedsiębiorców z aplikacji MS Teams nie jest niczym niezwykłym w dzisiejszych realiach. Nadto miejsce wykonywania czynności nie stanowi know-how Wykonawcy – informacja taka nie posiada wartości gospodarczej.

Jako podlegające odtajnieniu Zamawiający uznał również takie fragmenty, które nie ujawniają żadnej konkretnej informacji dotyczącej Wykonawcy lub opisują błędy popełniane przez innych Oferentów (w ocenie Wykonawcy), gdyż siłą rzeczy, jego zdaniem, nie mogą one stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy. Wykonawca w wielu miejscach posługuje się zwrotami nieostrymi, które nie zdradzają żadnej konkretnej informacji nie wskazując w jakim zakresie ujawnienie informacji miałyby narazić go na szkodę. Zamawiający stoi na stanowisku, że opisywana procedura również nie charakteryzuje się żadną innowacyjnością, nie wykazano wartości gospodarczej tych informacji.

Nadto, stawiana przez Odwołującego teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję i związanym z tym ryzyku nie została, zdaniem Zamawiającego w żaden sposób udowodniona. Jeżeli jako podstawy do zastrzeżenia informacji dotyczących personelu, którym dysponuje, jako tajemnicy przedsiębiorstwa wywodzono z ryzyka podkupienia tego personelu, to należałoby wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje - wyjaśnić czy w ogóle Wykonawca zetknął się z taką praktyką, jakiej liczby osób w jego firmie

to dotyczyło, a także czy wskazany w dokumentach składanych wraz z ofertą i na wezwanie Zamawiającego personel oraz jego doświadczenie miało charakter unikalny, wyjątkowo specjalistyczny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka pozyskiwania takich osób, czy istotnie ograniczona na rynku jest liczba osób z doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego i punktowanym dodatkowo w ramach kryterium oceny ofert (por.m.in. wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r., sygn. akt KIO 863/17). Powyższemu obowiązkowi Wykonawca nie sprostał. Praktyki takiej, wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, nie potwierdza to, że sam Odwołujący utajniając własny wykaz osób również powołał się na zjawisko podkupowania personelu. Okoliczność, iż konkurencyjni wobec siebie wykonawcy podejmują próby zastrzeżenia poufności wykazów osób składanych na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub oceny ofert w kryteriach związanych z doświadczeniem personelu, w żaden sposób nie przesądza o tym, że informacje zawarte w takich wykazach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej, zauważał Zamawiający, jak wskazuje doświadczenie życiowe, niejednokrotnie takie działania zmierzają jedynie do utrudnienia konkurencyjnym wykonawcom możliwości zweryfikowania prawidłowości złożonych oświadczeń i dokumentów i ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego zostały skutecznie zgłoszone przystąpienia po stronie Zamawiającego przez wykonawców:

- Transprojekt Gdański spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku oraz
- VOESSING POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Bydgoszczy.

II. Ustalen okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym trzech plików o nazwach: „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig”, „ZAŁĄCZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig” i „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig”), stanowiących część złożonych przez Odwołującego w dniu 14 marca 2022 r. wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zasadniczym zarzutem odwołania był zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez nieuprawnioną, zdaniem Odwołującego, ocenę przez Zamawiającego dokumentów złożonych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący mianowicie złożył w dniu 14 marca 2022 r. wyjaśnienia, w których część informacji zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w piśmie z dnia 28 kwietnia 2022 r. poinformował o podjęciu decyzji o odtajnieniu części informacji, co do których uznał, że nie zawierają one tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący po zapoznaniu się z decyzją Zamawiającego, „mając na uwadze zabezpieczenie interesów Sweco oraz dobro prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, przeanalizował ponownie całą treść wyjaśnień oraz wszystkich załączników” uznał decyzję Zamawiającego za prawidłową w odniesieniu do niektórych dokumentów i stwierdził, że odtajnienie informacji tam zawartych nie spowoduje powstania po jego stronie szkody. Odnośnie trzech dokumentów o nazwach „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig”, „ZAŁĄCZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig” i „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig” Odwołujący nadal utrzymywał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, dlatego wniósł odwołanie, kwestionując prawidłowość decyzji Zamawiającego o odtajnieniu tychże dokumentów.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący w tymże postępowaniu złożył informacje, co do których zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, a w piśmie przewodnim z dnia 14 marca 2022 r. analizował pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa i omawiał charakter zastrzeżonych informacji. Jednak wymóg wynikający z przywołanego wyżej przepisu nie jest jedynie wymogiem formalnym – wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał temu obowiązkowi. Uzasadnienie zmierzające do wykazania, że zastrzeżone dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa podlega analizie w toku postępowania przez Zamawiającego – Zamawiający po przeanalizowaniu złożonych dokumentów (mających zawierać tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uzasadnienie zachowania określonych informacji w poufności) doszedł do wniosku, że nie zawierają one tajemnicy przedsiębiorstwa i podjął decyzję o ich odtajnieniu. Przy czym Izba nie dopatrzyła się jakichkolwiek mających wpływ na wynik postępowania nieprawidłowości w czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego. Odwołujący w odwołaniu twierdził, że Zamawiający nie powoływał się na to uzasadnienie, na które

powinien. Natomiast jakiegokolwiek uzasadnienie Odwołujący miał na myśli, sam uznawał je za pozbawione znaczenia merytorycznego, skoro w ogóle nie odwoływał się do niego w odwołaniu, w ramach argumentacji podniesionych zarzutów.

Izba, po zapoznaniu się z treścią złożonych przez Odwołującego dokumentów, w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego. I tak, omawiając poszczególne dokumenty, Izba stwierdziła, co następuje.

Dokument, zawarty w pliku o nazwie „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig” prezentuje, w formie tabeli, odpowiedź na trzydzieści jeden pytań Zamawiającego, zadanych w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 28 lutego 2022 r. W pierwszej kolumnie tabeli znajduje się informacja, że „oferent potwierdza, że w cenie ujęto (...)” i cytuje każdy z trzydziestu jeden punktów z wezwania (m.in. zebranie materiałów archiwalnych, wykonanie aktualizacji, pomiarów, opisów itd.). W drugiej kolumnie podano pozycję, w której ujęto ten koszt. Z kolei trzecia kolumna jest podzielona na dalsze cztery kolumny, w których podano: stanowisko (wymieniono projektanta Sweco Belgia, kierownika projektu, projektantów branżowych i asystentów), stawki roboczogodzin dla tych osób, ilość godzin i wartość. W kolumnie piątej podano koszty ogólne i pośrednie, a w szóstej – rezerwę na koszty nieprzewidziane dla każdego z trzydziestu jeden punktów. Pod tabelą w dokumencie, w kolejnej tabeli, podano zbiorcze zestawienie kosztów, gdzie wskazano wartość prac projektowych (intelektualnych), koszty ogólne i pośrednie, rezerwę, inne koszty niezbędne do wykonania projektu, zysk i sumę wszystkich wymienionych składników.

Oceniając powyżej opisany dokument, Izba nie dostrzegła w nim żadnych cech prowadzących do wniosku, że zawiera informacje, zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca oświadcza w nim, że ujął w cenie wszystkie trzydzieści jeden elementy, wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 28 lutego 2022 r. Samo „rozbiecie” ceny ofertowej na poszczególne składniki nie stanowi tajemnicy ofertowej.

Z kolei dokument, zawarty w pliku o nazwie „ZAŁĄCZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig” jest przedstawieniem, w formie schematu blokowego, szeregu czynności (algorytmu), które podejmuje wykonawca, a które to prowadzą do ustalenia ceny ofertowej, poczynając od „pobierania i analizy danych (...)”, po „analizę Dyrektora Finansowego (...)”.

W ocenie składu orzekającego tak opisany sposób postępowania nie jest niezwykły, unikalny, i właściwy jedynie dla Odwołującego. Każda decyzja, prowadząca do złożenia jakiegokolwiek oferty cenowej, jest poprzedzona analizą danych. Trudno zatem w przedmiotowym dokumencie dopatrzeć się jakichkolwiek informacji, które nie powinny być ujawnione.

Ostatni dokument, zawarty w pliku o nazwie „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig” ma trzydzieści sześć stron. Wykonawca analizuje w nim zasadność wezwania go do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, oświadcza, że w cenie przewidział wszystkie koszty, wskazuje, że opierał się na wieloletnim doświadczeniu, wymienia zrealizowane projekty itd. Ponadto Odwołujący podaje, że jego kalkulacje opierają się na konkretnych wyliczeniach, natomiast kalkulacje innych wykonawców „opierają się na bezrefleksyjnym zastosowaniu ryczałtowych stawek całomiesięcznych” i wskazuje, że powyższe stanowi jego know-how.

Zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu tego dokumentu, jednak przy zachowaniu w poufności niektórych konkretnych informacji (procent i wartość zysku itp.). Odwołujący zasadniczo zgodził się z Zamawiającym co do możliwości odtajnienia, jednak zaproponował szersze, niż Zamawiający, utajnienie informacji, przykładowo na str. 9 dokumentu, oczekiwał zachowania w poufności stwierdzenia, że potrafi „dokładnie i rzetelnie określić na każdym projekcie ilość pracy (...)” oraz ujął „wszystkie koszty, jakie będą musiały być poniesione (...)”.

Po analizie treści przedmiotowego dokumentu oraz zakresów utajnienia/odtajnienia proponowanych przez strony, Skład orzekający uznał, że decyzja Zamawiającego o zakresie odtajnienia przedmiotowego dokumentu była zasadna. Jak we wcześniej omówionych dokumentach, trudno dopatrzeć się w nim informacji zasługujących na ochronę. Dodatkowo sam Odwołujący postępuje w sposób, który każe wątpić, czy nawet sam Odwołujący jest przekonany, że przekazał informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ sam, w trakcie postępowania, podejmuje kolejne decyzje o stopniowym ich ujawnianiu.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, podejmując w piśmie z dnia 28 kwietnia 2022 r. decyzję o odtajnieniu dokumentów, złożonych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na całkowitą aprobatę zasługuje uzasadnienie decyzji Zamawiającego – Zamawiający wskazuje, że z podanego przez Odwołującego uzasadnienia konieczności zachowania informacji w poufności, nie wynika, które konkretne fragmenty zastrzeżonych przez Odwołującego dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; brak jest w uzasadnieniu odniesienia się do poszczególnych dokumentów (plików) wraz z wyjaśnieniem, jakie elementy ich treści uznał Odwołujący za tajne i dlaczego.

Trafnie Zamawiający również przywoływał poglądy doktryny i orzecznictwa (które Izba całkowicie podziela), wskazując, iż „utajnieniu nie powinny podlegać wyjaśnienia w całości, a wyłącznie kluczowe elementy. Podkreślić należy, że zastrzeżenie informacji jest wyjątkiem od reguły jawności, zatem powinno ono mieć możliwie jak najmniejszy rozmiar, tj. nawet jedynie poszczególne, pojedyncze nazwy, liczby czy inne dane. Zdaniem składu orzekającego bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w

proszonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, a tym samym narusza art. 8 ust 3 oraz art. 11 pkt 4 u.z.n.k. Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje nie ze względu na ich rodzaj, lecz tylko ze względu na zawartą w nich treść i tylko w zakresie z którego ta treść bezpośrednio wynika. (Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r., KIO 228/18). Jak wskazano w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1873/16: Nie jest zasadne i dopuszczalne obejmowanie zastrzeżeniem całego dokumentu w sytuacji, kiedy tylko pewna jego treść odpowiada wymaganiom ustawowym. Z treści przepisu art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) jednoznacznie wynika, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. (...) możliwe jest zastrzeżenie tajemnicą przedsiębiorstwa tylko informacji stanowiących tajemnicę, a nie dokumentu, w którym takie informacje mogą być częściowo zawarte. A contrario, jeśli w dokumencie zastrzeżono informacje, które przymiotu tajemnicy nie spełniają w myśl przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), taki dokument jako całość nie może być zasadnie zastrzeżony. Oznacza to, że wykonawcy powinni dokonać utajnienia w zakresie tych elementów, które będą stanowiły dla nich wartość gospodarczą, a elementy te powinny zawierać informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa. Jeśli w wyjaśnieniach tylko pewna część zasługuje na objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa, to ten fakt nie rozciąga tego uprawnienia na cały dokument.” (pkt 12 pisma Zamawiającego z 22 kwietnia 2022 r.).

W konsekwencji trzy dokumenty o nazwach: „ZAŁĄCZNIK NR 1_TABELA_KALKULACJA SZCZEGÓŁOWA-sig”, „ZAŁĄCZNIK NR 2_GRAF PROCEDURY WYCENY-sig” i „WYJAŚNIENIA RNC_CZĘŚĆ TAJNA-sig”), Zamawiający prawidłowo uznał za niepodlegające ochronie. Odwołujący w ocenie Izby nie sprostował wymogowi z art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (dla skutecznego zachowania określonych informacji w poufności konieczne jest zarówno zastrzeżenie informacji jako niepodlegających udostępnieniu, jak i wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa). Dlatego Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Na marginesie, trzeba zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu przywoływał orzeczenia Izby, w których, według Odwołującego, „Krajowa Izba Odwoławcza uznała za prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i taki status tych informacji został utrzymany”. Izba w niniejszym składzie uznała, że inne orzeczenia Izby odnośnie

dokumentów złożonych przez Odwołującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia są irrelewantne dla przedmiotowego postępowania odwoławczego. Izba, rozstrzygając zarzuty odwołania, każdorazowo dokonuje oceny dokumentów w danym postępowaniu. Dodatkowo trzeba zauważyć, że nawet jeżeli wcześniej dana informacja była zasadnie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, to mogła przestać nią być, chociażby dlatego, że została ujawniona.

Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie art. 74 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1-3 Prawa zamówień publicznych poprzez niewłaściwe zastosowanie w/w przepisu przez Zamawiającego polegające na przyjęciu, że wyjaśnienia i dowody złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w celu zbadania, czy cena jego oferty zawiera rażąco niską cenę, należy traktować jako ofertę i stosować dla nich zasady udostępniania jak dla oferty (opisane w treści art. 74 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), podczas gdy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i wszystkie dowody dołączane do tych wyjaśnień są załącznikami do protokołu postępowania niemieszczącymi się w dyspozycji art. 74 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji podlegają one ewentualnemu udostępnieniu (przy czym wyłącznie w zakresie, w jakim nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa) najwcześniej po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej albo unieważnieniu postępowania.

W odniesieniu do tak sformułowanego zarzutu, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z art. 74 ust 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert (...).

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie powinny być traktowane jak oferta, tylko jak innego rodzaju dokumenty, które są udostępniane dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej (albo unieważnieniu postępowania), jako załączniki do protokołu postępowania.

Izba nie zgodziła się z takim stanowiskiem. Skład orzekający stwierdził, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 § 1 kodeksu cywilnego), w zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo – „to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę” (tak m. in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 listopada 2022 r.,

sygn. akt 2344/18). W konsekwencji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie – jak chce Odwołujący – jak inne załączniki do protokołu postępowania. Jest to pogląd obecnie ugruntowany, zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie (tak też Agnieszka Matusiak w komentarzu do art. 74 Prawa zamówień publicznych [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, wyd. 3, 2022 r., Legalis).

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, oddalając odwołanie w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 z § 5 pkt 1 oraz pkt 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).

Przewodniczący:

.....

.....