

**WYROK**

**z dnia 1 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszcznie, Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A.S. w Nanterre (Francja)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszcznie, Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna w Katowicach** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszcznie, Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **INKO Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszcznie, Drogowa Trasa Średnicowa Spółka Akcyjna w Katowicach** na rzecz **PKP Polskich Linii Kolejowych SA w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi w ramach projektu POUŚ 5.1-14 pn.: „ Prace na Unii kolejowej C-E 65 na odc. Chorzów Batory - Tarnowskie Góry - Karsznice - Inowrocław- Bydgoszcz- Maksymilianowo dla zadań inwestycyjnych: a) LOT C - Prace na liniach kolejowych nr 151, 686t 867, 704 na odcinku Kalina (km 66,800) Rusiec Łódzki (km 137,500),

b) LOT B - Prace na liniach kolejowych nr 131542, 739 na odcinku Rusiec Łódzki (km 137,500) Zduńska Wola Karsznice (km 170,212).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 marca 2020 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INKO Consulting Sp. z o.o. w Pszczynie, Drogowa Trasa Średnicowa SA w Katowicach wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na przyjęciu, że informacje zawarte w załącznikach do pisma odwołującego z dnia 27 listopada 2019 r., stanowiącego wyjaśnienia odnośnie do rynkowego charakteru zaoferowanej przez odwołującego ceny, w tym:

- 1) załącznika nr 1 - Zobowiązania osób przewidzianych do realizacji usługi;
- 2) załącznika nr 2 Oferta w zakresie weryfikacji dokumentacji;
- 3) załącznika nr 3 - Oferta w zakresie wynajmu lokali biurowych;
- 4) załącznika nr 4 - Środki transportu;
- 5) załącznika nr 5 - Zestawienia kosztów wyposażenia oraz kosztów pozostałych;
- 6) załącznika nr 6 - Oferty na obsługę laboratoryjną;
- 7) załącznika nr 7 - Oferty w zakresie polisy i gwarancji.

nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego, co skutkuje zamiarem ich odtajnienia przez zamawiającego i udostępnienia konkurencyjnym wykonawcom

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił:

- naruszenie przepisu art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. oraz w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez błędne przyjęcie, że informacje zawarte w załącznikach do pisma Odwołującego z dnia 27 listopada 2019 r., stanowiącego wyjaśnienia odnośnie do rynkowego charakteru zaoferowanej przez odwołującego ceny, nie zostały prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego, wskutek nie wykazania przez odwołującego, że zastrzegane informacje spełniają przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy informacje zawarte w tych dokumentach, posiadające dla Odwołującego wartość gospodarczą, stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa, co zostało przez Odwołującego poprawnie wykazane.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na ocenie, że odwołujący nieprawidłowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień z dnia 27 listopada 2019 r., a w ślad za tym nakazanie zamawiającemu zachowania tych informacji w poufności

Odwołujący podniósł, że ma interes w złożeniu niniejszego odwołania. Zamawiający w wyniku błędnej i niezgodnej z przepisami P.z.p. oceny działań odwołującego związanych z zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w załącznikach do wyjaśnień z dnia 27 listopada 2019 r. ma zamiar odtajnić te informacje i udostępnić je konkurencyjnym wykonawcom. Tymczasem informację zawarte w tych załącznikach mają dla odwołującego wartość gospodarczą, decydując o przewadze konkurencyjnej odwołującego i kosztach świadczenia przez niego usług oferowanych w postępowaniach takich, jak niniejsze. Ewentualne podanie tych informacji do wiadomości publicznej naraża odwołującego na realną szkodę przejawiającą się w pozyskaniu tych informacji przez podmioty trzecie (m.in. w zakresie sposobu kalkulacji oraz kosztów poszczególnych prac branżowych). Te ostatnie mogą je z kolei wykorzystać w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji odwołującego się na rynku. Sytuacja ta utrudni więc odwołującemu możliwość konkurowania o przyszłe zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zastrzegane informacje nie były dotychczas ujawnione do wiadomości publicznych, natomiast po ujawnieniu ich w postępowaniu odwołujący bezpowrotnie utraci możliwość ich zastrzeżenia jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa i w celu optymalizacji kosztów swojego działania i zbudowania na nowo swojej przewagi konkurencyjnej będzie musiał podjąć dodatkowe działania, w tym przede wszystkim działania organizacyjne. Zmiana zasad organizacji przedsiębiorstwa czy organizacji procesu

wykonywania konkretnego rodzaju usługi, poszukiwanie nowych podwykonawców, usługodawców, czy próba podjęcia z nimi dodatkowych negocjacji cenowych wiąże się z dodatkowymi kosztami po stronie odwołującego. Kosztami, których odwołujący nie poniósłby, gdyby nie błędna decyzja zamawiającego. Odwołujący zaznaczył przy tym, że złożone przez niego kalkulacje są wynikiem lat doświadczeń odwołującego, a co za tym idzie szkody wyrządzonej działaniami zamawiającego nie da się naprawić w krótkim czasie.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 25 lutego 2020 r. zamawiający poinformował odwołującego, że postanowił odtajnić uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz załączniki złożone przez odwołującego wraz z pismem z dnia 27 listopada 2019 r., zaznaczając przy tym, że nastąpi to nie wcześniej niż 10 dni od dnia przekazania informacji o zamiarze odtajnienia części informacji.

W ocenie odwołującego, po jego stronie zostały spełnione zarówno materialne, jak i formalne przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił przy tym, że decyzja odnośnie tego, które z informacji składających się na treść wyjaśnień ceny zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, została poprzedzona pogłębioną analizą przekazywanych zamawiającemu informacji, ich charakteru i wpływu na bieżącą działalność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W konsekwencji odwołujący, odmiennie niż dzieje się to w szeregu podobnych spraw, nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości wyjaśnień ceny, a tylko wybrane dokumenty potwierdzające przyjęte przez niego ceny czy uszczegóławiające zasady zastosowanej przez niego kalkulacji kosztów. Odwołujący zastrzegł więc jedynie niewielką część przekazywanych informacji - część stanowiącą absolutne minimum z punktu widzenia ochrony jego interesów gospodarczych. Taki sposób działania odwołującego potwierdza, że jego celem nie było utrudnienie konkurencji w postępowaniu, w tym uniemożliwienie wykonawcom konkurencyjnym oceny poprawności jego działań, a tylko ochrona jego słuszych interesów.

Przechodząc do poszczególnych dokumentów, których treść (informacje w nich zawarte) zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący podniósł, że zamawiający w decyzji o odtajnieniu zastrzeżonych informacji (pismo z dnia 25 lutego 2020r.) wskazał, z jakich przyczyn zastrzeżenie tajemnicy względem danego dokumentu jest, jego zdaniem, nieskuteczne. Odwołujący stwierdził, że sposób uzasadnienia decyzji zamawiającego wskazuje, że w sposób wybiórczy analizował on zarówno treść przedłożonego przez odwołującego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy, treść poszczególnych zastrzeganych dokumentów, jak i inne dokumenty czy informacje przedstawione przez odwołującego w postępowaniu (np. informacje wynikające z części

jawnej wyjaśnień ceny czy z oferty). Wnioski, jakie wyciąga zamawiający stoją bowiem u oczywistej sprzeczności z treścią dokumentów, w których posiadaniu jest zamawiający,

Odwołujący podniósł, że art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. (w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy P.z.p.) wymaga uzasadnienia każdej czynności zamawiającego w postępowaniu, zaś Izba, zgodnie ze swoim ugruntowanym orzecznictwem, dokonuje oceny czynności zamawiającego pod kątem przepisów ustawy P.z.p. właśnie przez pryzmat przedstawionego przez zamawiającego uzasadnienia. Powyższe jest niezmiernie istotne w niniejszej sprawie, skoro bowiem zamawiający w sposób bardzo konkretny wskazał w piśmie z dnia 25 lutego 2020r. na swoje „zastrzeżenia” względem zastrzeganych dokumentów, to jedynie te zastrzeżenia określają zakres rozpoznania niniejszej sprawy.

Odnosząc się do zobowiązania osób przewidzianych do realizacji usługi jako tajemnica przedsiębiorstwa (Załącznik 1 do pisma z dnia 27 listopada 2019r.), odwołujący podniósł, że zamawiający, oceniając skuteczność zastrzeżenia zobowiązań osób przewidzianych do realizacji usługi, w pierwszej kolejności zasugerował brak wartości gospodarczej danych zawartych w tych dokumentach, wskazując, przykładowo w kontekście argumentacji odwołującego odnośnie do ryzyka „podkupienia” członków personelu, że doszło już do ujawnienia danych osobowych członków personelu wykonawcy w jawnych wykazach osób oraz informacji o kosztach w Formularzu cenowym. Zamawiający nie zgodził się również z tym, że dane zawarte w tych dokumentach pozwalają na wywiedzenie zakładanego przez wykonawcę „sposobu świadczenia usługi, ujawniają w jaki sposób Konsorcjum zaplanowało świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry i podwykonawców”, wobec okoliczności, iż umowa oraz OPZ w sposób szczegółowy określają zasady świadczenia usługi przez poszczególnych członków personelu.

W ocenie odwołującego, z argumentacją zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Odnosząc się do argumentów zamawiającego odwołujący podkreślił, że zawarty w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy argument odwołującego odnoszący się do ryzyka „podkupienia” członka personelu wykonawcy w sytuacji, gdy znane jest wynagrodzenie oczekiwane przez tego członka personelu, nie było jedynym argumentem wskazującym na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Odwołujący podkreślał, że cyt.: „wskazanie elementów mających wpływ na ukształtowanie ceny (a takim elementem niewątpliwie jest koszt zatrudnienia członków personelu) pozwala zaoszczędzić konkurencji czas i pieniądze na poszukiwania dobrego rozwiązania i uzasadnienia ceny dla własnych potrzeb”. Zastrzegane dane cyt.: „pozwalają określić wartości - koszty osobowe - zakładane na świadczenia wykonywane przez wymaganych przez Zamawiającego członków Personelu przyjmowane w oparciu o duże doświadczenie Wykonawcy”. Odwołujący konsekwentnie

więc podkreśla w uzasadnieniu, że zastrzeżenie informacji następuje z uwagi na ich wartość gospodarczą - wartość polegającą na możliwości konkurencyjności dzięki tym informacjom w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz wartość organizacyjną dla przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że zamawiający myli stawki za pracę poszczególnych członków personelu podane w szczegółowej kalkulacji wynagrodzenia z załącznika nr 1B do oferty (tzw. Formularz cenowy), a więc oczekiwane przez odwołującego wynagrodzenie za danego członka personelu, z kosztami, jakie odwołujący poniesie w związku z faktycznym zatrudnieniem danego członka personelu w trakcie realizacji kontraktu.

Proste zestawienie kwot podanych w poszczególnych zobowiązaniach z Załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny ze stawkami podanymi w Formularzu cenowym prowadzi do wniosku, że nie są to wartości tożsame, jeżeli do tego uwzględnimy, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, a zgodnie z pkt 13.2 SIWZ – IDW, kalkulacja wskazana w Załączniku 1B do Formularza ofertowego „nie będzie stanowić podstawy dokonywania płatności, ale ma charakter informacyjny i służy porównaniu oferty”, to oczywistym pozostaje, że konkurencyjni wykonawcy, znając jedynie stawkę podaną w Formularzu cenowym, nie mają i nie mogą mieć wiedzy o kosztach, jakie rzeczywiście poniesie odwołujący, zatrudniając danego członka personelu. Ryczałtowy model wynagrodzenia i jedynie informacyjny charakter Formularza cenowego pozostawia miejsce na bardzo różne metody wyliczania kosztów wykonania zamówienia i przypisywania ich do poszczególnych pozycji kosztorysu (dla stosowania różnych metod składających się na tzw. inżynierię cenową). Innymi więc słowy, na podstawie informacji, że odwołujący - przykładowo - w ofercie założył stawkę dla Inżyniera Projektu na poziomie 16 000 zł na miesiąc, daleka jest droga do ustalenia, jaki jest rzeczywisty koszt zatrudnienia przez odwołującego p. BL, który został wskazany w ofercie wykonawcy jako osoba przewidziana do pełnienia tej funkcji. Druga ze wskazanych informacji wynika przy tym wprost z zobowiązania stanowiącego załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny.

Odwołujący wskazał, że oceny w tym zakresie nie zmienia okoliczność, że w części jawnej wyjaśnień odwołujący wskazał ogólne założenia do kalkulacji danej grupy kosztów czy okoliczności, które pozwalają mu na zatrudnienie członków personelu po relatywnie niskich kosztach. Także na podstawie tych danych nie sposób odtworzyć kosztów zatrudnienia konkretnej osoby wskazanych w zobowiązaniach.

W kontekście powyższego, odwołujący podniósł, że zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa argumenty co do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji zachowują aktualność.

Odwołujący wskazał, że na poparcie swojego stanowiska zamawiający przytoczył fragment uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2019 r. (sygn. akt: KIO 247/19), przy czym zdaje się nie dostrzegać, że powołane orzeczenie odnosiło się do możliwości weryfikacji ogólnych założeń dotyczących wyceny kosztów pracy. W uzasadnieniu przywołanego orzeczenia podkreśla się wręcz, że wykonawca „w złożonych wyjaśnieniach nie zawarł żadnej metodologii obliczenia ceny, żadnych szczegółowych informacji dotyczących kosztów zatrudnienia czy też informacji handlowych”. To te względy przesądziły o odmowie uznania, w tamtej sprawie, zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z odmienną sytuacją, tj. odwołujący wskazał i udowodnił zamawiającemu konkretny koszt zatrudnienia danego członka personelu. Powyższy wyrok, *a contrario*, świadczy o możliwości zastrzegania szczegółowych informacji na temat kosztów zatrudnienia członków personelu.

Odwołujący podkreślił, że informacje zawarte w zastrzeganych dokumentach mają dla niego wartość gospodarczą, przejawiającą się z jednej strony w jego wiedzy dotyczącej realnych kosztów zatrudnienia, pozwalającej na właściwe prowadzenie rozmów z potencjalnymi współpracownikami i wynegocjowanie odpowiednich stawek za świadczone przez nich usługi, a w ślad za tym ustalenia optymalnej ceny ofertowej, w tym i kolejnych postępowaniach, z drugiej zaś strony (co całkowicie uszło uwadze zamawiającego) wartość gospodarcza tych informacji polega na umiejętności odpowiedniego doboru rodzaju wynagrodzenia, który odwołujący dopasowuje do warunków zamówienia stawianych przez zamawiającego, co z kolei pozwala odwołującemu na realne oszacowanie kosztów realizacji zamówienia. Łącznie zaś informacje wskazujące na poziom kosztów wszystkich członków kluczowych personelu, wskazują na poziom rezerwy, jaka jest założona przez Odwołującego na pozostałe koszty osobowe realizacji zamówienia, których nic można wprost odnieść do żadnej pozycji kosztorysu (np. dodatkowego personelu).

Odwołujący stwierdził, że podstawowy koszt wykonania przedmiotu zamówienia to właśnie koszt zatrudnienia członków personelu wymaganego przez zamawiającego. Wykonawcy na tym rynku konkurują więc przede wszystkim właśnie poprzez zapewnienie sobie odpowiedniego personelu po relatywnie niskich kosztach. Wiedza, jakie dokładnie koszty związane z zatrudnieniem członka personelu kluczowego ponosi konkurent jest więc cenna i pozwala przewidzieć zachowanie konkurenta w kolejnych postępowaniach. Dla każdego wykonawcy oczywistym pozostaje, że stawki podawane w Formularzach cenowych dla danego członka personelu, poza kosztem zatrudnienia tego członka personelu, muszą uwzględniać m. in. koszty zastępstw, koszty personelu dodatkowego koniecznego na budowie, ale nie przewidzianego do odrębnego oszacowania itp. Znając realne koszty zatrudnienia członków kluczowych personelu, konkurencji mają wiedzę, jakie są jego



rezerwy na wspomniane koszty dodatkowe. Nadto, zdecydowanie łatwiej jest „podkupić” członka personelu, jeśli zna się wynegocjowany przez tą osobę poziom wynagrodzenia z konkretnym wykonawcą.

Odwołujący podkreślił, że ryzyko „podkupienia” członka personelu wykonawcy personelu jest w takich postępowaniach jak najbardziej realne, Odwołujący wskazał, że w tym postępowaniu jeden z członków personelu wskazanego w jego ofercie zrezygnował ze współpracy z nim po złożeniu oferty właśnie powołując się na uzyskanie lepszej oferty od innego wykonawcy. Nie sposób wykluczyć, że takie przypadki byłyby częstsze, gdyby poza danymi osobowymi i stawką z Formularza cenowego konkurencyjni wykonawcy znali informacje zawarte w treści załącznika nr 1 do pisma z dnia 27 listopada 2019 r, w tym w szczególności informacje dotyczące uzgodnionych przez strony warunków finansowych przyszłej współpracy.

Odnosząc się w dalszej kolejności do zamiaru odtajnienia przez zamawiającego treści Załącznika nr 2 i 6 do wyjaśnień z dnia 27 listopada 2019 r., odwołujący wskazał, że informacje zawarte w tych dokumentach mają dla niego wartość gospodarczą z uwagi na zawarte w nich informację o uzgodnionych cenach i sposobie ich ustalenia przez usługodawcę, które to informacje mogą być z łatwością wykorzystane przez konkurencję w przyszłości, np. do wynegocjowania bardziej korzystnych warunków finansowych niż obecnie lub nawiązanie współpracy na wyłączność, co z kolei pozbawiałoby odwołującego możliwości korzystania z usług takiego podmiotu.

Odwołujący podniósł, że zamawiający także w tym przypadku błędnie utożsamia wiedzę o danych podwykonawcy i cenie podanej w Formularzu cenowym (Załącznik 3 B) z danymi zawartymi w zastrzeżonym dokumencie. Okoliczność, iż ceny podane w zastrzeżonym dokumencie „oscylują”, jak to określił zamawiający w piśmie z dnia 25 lutego 2020r. (str. 4) na poziomie stawek z Formularza cenowego (bo też trudno, by nie „oscylowały”) nie jest równoznaczna z tym, że dane z Formularza cenowego pokrywają się z danymi zastrzeżonymi przez odwołującego. Przeciwnie, dane zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie są tożsame, w zakresie cen, z danymi z Formularza cenowego. Odwołujący także w pozycjach, do których odnosi się zastrzeżony dokument, założył rezerwę - na ceny usługodawcy nałożył własne marże. I znów to właśnie ta informacja w powiązaniu z informacją o rzeczywistych kosztach pozwala ustalić strategię wyceny stosowaną przez odwołującego w tym postępowaniu i w oparciu o nią prognozować zachowanie odwołującego w kolejnych postępowaniach, czy dążyć do nawiązania współpracy z tym samym usługodawcą.

W ocenie odwołującego, za nadmierne należy uznać oczekiwania zamawiającego, aby dla potwierdzenia uzyskania przez odwołującego korzystnych warunków cenowych, w ofercie musiały znajdować się takie informacje, jak np. obniżenie ceny z uwagi na stałą współpracę, udzielony rabat, co zamawiający wskazuje w piśmie z dnia 25 lutego 2020 r. Odwołujący nie wyklucza oczywiście możliwości, że takie informacje mogą być zawarte w ofertach, natomiast z całą pewnością adnotacje te nie są standardowym zapisem. Z kolei informacja zawarta w ofercie, wskazująca na zaoferowanie ceny w wyniku „negocjacji” potwierdza, że oferta usługodawcy ma charakter zindywidualizowany - jest wynikiem indywidualnych ustaleń stron. Nie sposób zakładać, jak zdaje się to czynić zamawiający, że w ramach negocjacji strony nie uwzględniały wzajemnych, wypracowanych w latach wcześniejszych relacji biznesowych i że relacje te nie miały żadnego wpływu na przebieg negocjacji.

Oczywistym jest przy tym, że odpowiednia sieć kontaktów ze specjalistami w branży, jaką z uwagi na wieloletnie doświadczenie wypracował sobie odwołujący, ma bardzo istotne przełożenie na cenę poszczególnych usług, w tym przede wszystkim na możliwości podjęcia negocjacji z danym przedsiębiorcą. Skoro w ofercie na weryfikację dokumentacji projektowej w ramach przedmiotowego zadania (załącznik nr 2), kontrahent odwołuje się wprost do rozmów i negocjacji, jakie prowadził z jednym z konsorcjantów, to całkowicie niezrozumiałe jest odrzucanie przez zamawiającego możliwości, że odwołujący był w stanie uzyskać korzystniejszą cenową ofertę na powyższe usługi niż jego konkurencji. Godzi się przy tym zauważyć, że dokumenty te zawierają nie tylko dane dotyczące nazwy kontrahenta, ale przede wszystkim dane dotyczące wysokości jego wynagrodzenia, charakteru tego wynagrodzenia, czy też sposobu kalkulacji kosztów personelu (dotyczy treści załącznika nr 2), co stanowi *know-how* odwołującego. Współpraca odwołującego z odpowiednimi kontrahentami i możliwość wynegocjowania przez odwołującego właściwych odpowiednich warunków finansowych oraz mechanizmów wynagradzania, pozwala bowiem na optymalizację kosztów i finalnie niższe koszty i z tego powodu może stanowić tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Odwołujący stoi również na stanowisku, że informacje dotyczące wynajmu lokali biurowych również mogą stanowić tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wskazał, że zgodnie z pkt 3.2.1.1. Opisu przedmiotu zamówienia: „do czasu przekazania placu budowy Wykonawcy Robót w ramach danego Kontraktu Inżynier jest zobowiązany zorganizować na własny koszt biura Kontraktowe odrębne dla każdego Kontraktu (biuro Kontraktowe - biuro przypisane do danego Kontraktu) na terenie budowy lub w jej bezpośrednim sąsiedztwie, w odległości nie większej niż 15 km od środka linii kolejowej realizowanego Kontraktu nr 1 i w odległości nie większej niż 10 km od środka linii kolejowej realizowanych Kontraktów nr 2, gwarantujące

sprawny nadzór nad realizacją Umów na Roboty”. Na potrzeby wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odwołujący dokonał analizy dostępnych na rynku ofert wynajmu pomieszczeń, biur i lokali użytkowych spełniających wymagania zamawiającego. Odwołujący sprawdził i porównał oferty cenowe dostępnych na rynku lokali i dokonał wyodrębnienia tych, które spełniają wszystkie wymogi stawiane przez zamawiającego dla biura i zaplecza wykonawcy. Spośród wszystkich dostępnych na rynku ofert odwołujący wybrał dwie, które w jego ocenie w sposób najbardziej optymalny pozwolą na sprawne i należyte świadczenie przez niego usług przy jednoczesnym minimalizowaniu kosztów. Odwołujący brał przy tym pod uwagę nie tylko koszty wynajmu danej nieruchomości, ale też ewentualne koszty dostosowania nieruchomości do konkretnych potrzeb zamawiającego i jej lokalizację, której dobór w oczywisty sposób przekłada się na późniejsze koszty transportu na miejsce prowadzenia robót budowlanych. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, fakt, że odwołujący przedstawił oferty z ogólnodostępnych serwisów ogłoszeniowych dostępnych w sieci, nie pozbawia informacji zawartych w zastrzeżeniu wartości gospodarczej. Uzasadnieniem dla zastrzeżenia test bowiem właśnie to, że te konkretne oferty zostały, spośród wielu dostępnych ofert, wybrane przez odwołującego dla potrzeb realizacji zamówienia i szacowania jego kosztów (valor tajemnicy przedsiębiorstwa wiąże się w tym przypadku z połączenia danych powszechnie dostępnych z danymi poufnymi przedsiębiorcy w taki sposób, że tworzą one pewną całość). Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji przejawia się tym, że zastrzeżone informacje świadczą o umiejętności odwołującego prawidłowej selekcji ogłoszeń, spośród wszystkich dostępnych w tym obszarze, i wybraniu tych, które pozwalają na zapewnienie odpowiedniego standardu biura przy jednoczesnej minimalizacji kosztów jego utrzymania. Znając wybrane przez odwołującego lokalizacje, łatwiej odtworzyć schemat działania wykonawcy (czym wykonawca kierował się przy wyborze nieruchomości) i zastosować go we własnej działalności, czy wręcz ułatwić sobie funkcjonowanie na rynku poprzez skorzystanie z ofert dobranych przez odwołującego. Fakt, że odwołując prowadził już rozmowy z właścicielami nieruchomości świadczy przy tym o stopniu zaawansowania procesu wyboru lokalizacji biur. Udostępnienie informacji dotyczących tych nieruchomości pozostałym oferentom może spowodować zwiększone zainteresowanie tymi ofertami, a w konsekwencji (z uwagi na większy popyt) zwiększenie oczekiwań finansowych właścicieli nieruchomości odnośnie czynszu najmu czy brak ich dostępności, co naraża odwołującego na powstanie szkody.

Odwołujący podniósł, że był zatem uprawniony do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących wynajmu lokali biurowych. Wiedza o tym, które z

dostępnych na rynku ofert najmu wybrał odwołujący - a ta informacja jest przedmiotem zastrzeżenia - nie jest bowiem powszechnie dostępna.

Odwołujący podniósł, że w zakresie informacji zawartych w załączniku 4 i 5 do pisma z dnia 27 listopada 2019 r. zamawiający wskazał, że informacje zawarte w wyżej wymienionych załącznikach „stanowią jedynie rozwinięcie stanowiska zajętego przez odwołującego w złożonych wyjaśnieniach”, przez co nie mają żadnej wymiernej wartości gospodarczej, z czym odwołujący się nie zgadza. Informacje zawarte w tych załącznikach mają wartość gospodarczą właśnie z tego względu, że „rozwijają”, a więc „uszczegółowiają” informacje zawarte w części jawnej wyjaśnień. Obrazują (odtworzą) metodologię obliczenia kosztów transportu, kosztów wyposażenia oraz pozostałych kosztów przez odwołującego, pokazując, jakie dokładnie koszty i w jakiej wysokości ponosi odwołujący na innych kontraktach (co bezpośrednio przekłada się na koszty realizacji tego i kolejnych zamówień - znaczna część tych kosztów jest powtarzalna, skoro opiera się na umowach wieloletnich, np. na obsługę floty). Szczegółowe rozbicie cenowe poszczególnych kosztów pozwala więc konkurencyjnym przedsiębiorcom na rozpoznanie sposobu kalkulacji ceny przez odwołującego oraz wartości poszczególnych kosztów. Z uwagi na bardzo korzystną, w porównaniu z innymi oferentami, cenę, jaką zaoferował odwołujących za realizację przedmiotowego zamówienia, przyjęć należy, że sposób kalkulacji przez niego ceny będzie szczególnie interesujący dla jego oferentów, którzy w przyszłych postępowaniach będą mogli zastosować podobne schematy kalkulacji, co doprowadzić może do uzyskania przez nich przewagi konkurencyjnej lub osłabienia pozycji odwołującego. Z tego względu odwołujący był uprawniony do zastrzeżenia szczegółowych informacji dotyczących metod kalkulacji kosztów transportu, wyposażenia i kosztów pozostałych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że zdaniem Zamawiającego, dokumenty odnoszące się do polisy i gwarancji nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na rzekomy brak „zindywidualizowanych cech ze względu na adresata”, fakt, że gwarancja należytego wykonania umowy będzie jawna, a więc jawna będzie nazwa gwaranta, a nadto z uwagi na, to, że w załączniku nr 1B do Formularza ofertowego odwołujący wskazał dla tych pozycji pewne wartości.

Odnosząc się do tych argumentów, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że obie zastrzegane informacje pochodzą od brokerów i nie ujawniają danych gwaranta/ubezpieczyciela. Wiedza o tym, z jaką firmą brokerską współpracują poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, nie jest powszechnie znana i nie będzie znana po udzieleniu wykonawcy zamówienia. Informacją powszechnie znaną jest to, że brokerzy (ubezpieczyciele/banki) wyceniają koszty udzielenia zabezpieczenia czy

odpowiednio ubezpieczenia na podstawie umów zawartych z klientem oraz danych odnoszących się do jego sytuacji (wiarygodności finansowej, liczby i wielkości likwidowanych szkód, liczby i wielkości udzielanych zabezpieczeń itp.). Koszty ustanowienia zabezpieczenia czy wykupu ubezpieczenia są więc ustalane w sposób zindywidualizowany, przy czym o owej indywidualizacji świadczy właśnie osoba adresata oferty. Wiedza, jaki poziom kosztów odwołujący ponosi w związku z zabezpieczeniem tego zamówienia, nie jest więc powszechnie znana, a jednocześnie sama ta wiedza pozwala przewidzieć konkurentom, jakie koszty obaj wykonawcy tworzący konsorcjum mogą ponosić przy kolejnych sprawach.

Odwołujący wskazał, że również w tym przypadku wartość podana w Formularzu cenowym (Załącznik IB) i w części jawnej wyjaśnień nie jest tożsama z informacją zawartą w zastrzeganych dokumentach. Odwołujący przewidział w tym zakresie pewną rezerwę, podobnie jak w powyższych punktach, o której poziomie konkurencyjni wykonawcy nic mają wiedzy, a która pozostawia mu możliwość konkurowania w kolejnych postępowaniach.

Odwołujący podkreślił, że obowiązek zachowania poufności w relacjach pomiędzy brokerem a jego klientem jest zagwarantowany przepisami prawa (broker jest zobowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej), a co za tym idzie – w korespondencji pomiędzy brokerem a klientem nie stosuje się dodatkowych zapisów odnoszących się do poufności tej korespondencji.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że informacje zawarte w przedłożonych ofertach w zakresie polis i gwarancji mają dla jego przedsiębiorstwa wartość gospodarczą polegającą na umiejętności nawiązania współpracy z odpowiednim podmiotem, który będzie w stanie wyszukać dla niego najbardziej korzystne oferty ubezpieczeniowe. W treści załącznika nr 7 znajdują się, poza ceną polis i gwarancji, także informacje handlowe dotyczące kancelarii brokerskiej, z którą odwołujący współpracuje. Podkreślić przy tym należy, że stanowiące załącznik nr 7 oferty nie są dokumentem gwarancji i nie wskazują gwaranta, co dopiero zostanie skonkretyzowane na późniejszym etapie. Oferty zawierają natomiast cenę z punktu widzenia handlowego informacje na temat biura brokerskiego, który jedynie pośredniczy przy zawieraniu umów ubezpieczeniowych i jego głównym zadaniem jest wyszukanie odpowiedniej oferty (obejmującej niezbędne ryzyka ubezpieczeniowe i rozsądną cenę). Współpraca z dobrym biurem brokerskim jest więc kluczowa z punktu widzenia możliwości uzyskania korzystnej cenowo oferty ubezpieczeniowej. Z tego względu oraz z uwagi na wspomnianą już powyżej wartość samej informacji o kosztach ustanowienia zabezpieczeń i rezerwach tu generowanych informacje zawarte w treści załącznika nr 7, w szczególności obejmujące dane biura brokerskiego i ustalonych kosztów zabezpieczeń mają dla odwołującego wartość gospodarczą podlegającą ochronie.

Wobec powyższego, odwołujący podniósł, że zastrzegane przez niego informacje, wbrew argumentacji zamawiającego, mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający w części wstępnej decyzji o odtajnieniu informacji z dnia 25 lutego 2020Gr. wskazał na brak wykazania przez odwołującego przesłanek do uznania zastrzeganych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - przesłanki posiadania przez zastrzegane informacje wartości gospodarczej. Zamawiający pisze w tym miejscu o rzekomej ogólnikowości i lakoniczności przedstawionego przez odwołującego uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że jego uzasadnienie nie jest ani lakoniczne, ani ogólne. Odwołujący nie poprzestał na przywołaniu przepisów prawa i poglądów orzecznictwa, jak dzieje się to bardzo często w takich sprawach, lecz wskazał, z jakich względów uznaje zastrzegane informacje za mające wartość gospodarczą. Uzasadnienie to, oceniane z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia, jest racjonalne i przekonujące, mimo braku wskazania w nim konkretnych wartości liczbowych (co wszak nie jest wymagane na gruncie art 11 u.z.n k. - nie chodzi bowiem o „osiągnięcie” przez zastrzegane informacje określonej wartości, ale o sam fakt posiadania takiej wartości). Jednocześnie dalsza analiza uzasadnienia decyzji z dnia 25 lutego 2020 r. prowadzi do wniosku, że przekonanie zamawiającego co do braku wartości gospodarczej zastrzeganych informacji zamawiający wywodzi z faktu ujawnienia pewnych informacji w części jawnej wyjaśnień ceny lub w Formularzu cenowy, co - w świetle powyższych argumentów - nie przesądza o braku wartości gospodarczej zastrzeganej informacji.

Odwołujący nie podzielił stanowiska zamawiającego, jakoby nie wykazał on podjęcia działań umożliwiających zachowanie zastrzeżonych danych w poufności, co zamawiający uzasadnia brakiem dowodów i poprzestanie przez odwołującego na przedstawieniu stosowanych przez niego procedur ochronnych służących zachowaniu poufności tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podkreślił przy tym, że zastrzeżone informacje nie są informacjami powszechnie dostępnymi i podjął on kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy.

Odwołujący zauważył, że w doktrynie zwraca się uwagę, że „bliższa analiza pojęcia niezbędnych działań, które mają być podjęte w celu zachowania poufności, prowadzi do wniosku, że podobnie jak na gruncie art 39 porozumienia TRIPS należy przyjąć, że środki te to fizyczna ochrona i instrumenty prawne. Fizyczne środki ochrony są zróżnicowane i obejmują takie metody ochrony jak: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także technologię zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa, środki prawne stosowane w ochronie informacji

również nie są homogeniczne i obejmują np. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakaz konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną. Odwołujący podkreślił, że metody fizyczne i prawne ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie są od siebie odseparowane. Relacja pomiędzy nimi jest taka, że z ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa będziemy mieli do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca podjął określone działania faktyczne w celu chronienia swoich tajemnic, *verba legis*: "niezbędne działania w celu zachowania poufności". Wprawdzie zabezpieczenie informacji następuje również wtedy, gdy informacja jest chroniona prawnie (np. przez zawarcie umów o poufność), jednak zawsze potrzebne jest nawet najskromniejsze zabezpieczenie techniczne (zob. M. Sieradzka (red), M. Zdyb (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Komentarz, wyd. II, WK 2016). Konsorcjanci nieprzerwanie podejmują szereg działań mających na celu zapewnienie zarówno fizycznej, jak i prawnej ochrony informacji mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa,

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 27 listopada 2019 r. oświadczył wprost, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie były ujawniane do wiadomości publicznej oraz że nieustannie podejmowane są niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W piśmie wyjaśnione zostało, że w Spółce INKO Consulting Sp. z o.o. obowiązują regulacje, które pozwalają na dostęp do zastrzeżonych informacji wyłącznie osobom uczestniczącym w przygotowaniu ofert. Krąg tych osób jest przy tym bardzo ograniczony. Co więcej, każda z tych osób zobowiązała się, na mocy odpowiednich umów, do zachowania tych danych w poufności, a niedopełnienie tego obowiązku pociąga za sobą odpowiedzialność finansową i dyscyplinarną zobowiązanego. W przypadku Partnera Konsorcjum Spółki Drogowa Trasa Średnicowa S.A. wyjaśniono, że w spółce wdrożone zostały procedury dotyczące archiwizacji i sposobu przesyłania danych. Dodatkowo wskazane zostało, że Spółka wprowadziła m.in. bezwzględny zakaz kopiowania treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz dokumentów zawierających kalkulację ceny sporządzanych w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez wyraźnej zgody Zarządu Spółki. Ponadto, wydane zostało zarządzenie Prezesa Zarządu Spółki „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. z dnia 3 lutego 2016 r, w sprawie wprowadzenia zasad postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w których uczestniczy „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A, w Katowicach ze zmianami wprowadzonymi zarządzeniem Prezesa „Drogowej Trasy Średnicowej” S.A. w Katowicach z dnia 1 lutego 2018 r. Powyższe dowodzi, że zasady postępowania z informacjami poufnymi zostały w przedsiębiorstwach odwołującego wprowadzone na długo przed złożeniem oferty

w przedmiotowym postępowaniu, co wyklucza ewentualne zarzuty co do pozorności podejmowanych działań.

Odwołujący wskazał, że jego wyjaśnieniom nie sposób zarzucić przy tym ogólnikowości (w piśmie wskazuje się na konkretne dokumenty i konkretne mechanizmy, jakie zostały wdrożone), przywołując ich treść, a oświadczenie złożone w tym zakresie jest wystarczające dla uznania, że odwołujący wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonuje błędnej wykładni przepisu art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., przyjmując, że „wykazanie”, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. musi wiązać się z przedłożeniem dodatkowych dokumentów potwierdzających podnoszone okoliczności, przez co zamawiający wyklucza *de facto* możliwość „wykazania” podjęcia działań w celu utrzymania w poufności określonych informacji w drodze stosownego oświadczenia, Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej; „uwzględniając racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że gdyby w art. 8 ust. 3 p.z.p. chodziło o przedstawianie pliku dowodów, to ustawodawca wskazałby wyraźnie na wymóg udowodnienia, tak jak to uczynił literalnie - w co najmniej kilku przepisach pzp. Użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 p.z.p. pojęcie „wykazał” należy rozumieć, jako „rzeczowo uzasadnił”. Oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych wykorzystywanych w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy p.z.p, jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania, W art. 8 ust. 3 p.z.p, taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony. W świetle przepisów p.z.p. nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami "wykazać" oraz "udowodnić", (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2017 r., sygn. akt; KIO 1015/17, LEX nr 2323659).

Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie nie załączył wprawdzie do uzasadnienia zastrzeżenia dokumentów, które stosuje w swojej działalności, jednak w to miejsce złożył oświadczenie, które w sposób bardzo szczegółowy określa rodzaj stosowanych dokumentów i ich treść. Nie sposób przy tym odmówić oświadczeniu wykonawcy, o takim poziomie szczegółowości, waloru dowodowego waloru wykazania, że wykonawca podejmuje odpowiednie środki zabezpieczające,

Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie twierdzi ani że środki opisane w uzasadnieniu zastrzeżenia nie są u wykonawców przyjęte, ani tym bardziej, że środki te są



nieodpowiednie (nie zapewniają należytej ochrony). Spór odnosi się tylko do tego, czy wykonawca może poprzestać na szczegółowym opisanu stosowanych przez siebie procedur, czy dodatkowe owe procedury (dokumenty je zawierające) musi okazać zamawiającemu, Spór jest natury czysto formalnej, bowiem - niezależnie od wykorzystywanego przez wykonawcę rozwiązania - Zamawiający otrzymuje w obu przypadkach dokładnie ten sam pakiet informacji, które może poddać ocenie pod kątem tego, czy wykonawca stosuje odpowiednie zabezpieczenie informacji poufnych. Oczekiwanie więc, by wykonawca, poza opisaniem stosowanych przez siebie rozwiązań w zakresie ochrony danych, każdorazowo załączał dokumenty „źródłowe” (dokumenty, których treść jest przywoływana w wyjaśnieniach) jest niezrozumiałe.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 maja 2020 roku wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zamawiający podniósł, że w dniu 15 listopada 2019 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dowodów dot. sposobu kalkulacji ceny oferty w celu potwierdzenia, że nie nosi ona znamion ceny rażąco niskiej.

Odwołujący w dniu 27 listopada 2019 r. przedłożył zamawiającemu stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami, które zastrzegł jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa - załączając jednocześnie uzasadnienie zastrzeżenia przedłożonych informacji. Zamawiający ocenił ww. wyjaśnienia za wystarczające, a następnie przeszedł do badania zdolności podmiotowej wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że po wnikliwej analizie uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w dniu 25 lutego 2020 r. przesłał do wykonawców pismo, w którym poinformował o zamiarze odtajnienia zarówno dowodów złożonych przez odwołującego. Zamawiający dokonał - w poszanowaniu art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. - analogicznej oceny zastrzeżeń złożonych przez pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, który utajnili treść złożonych wyjaśnień i/lub załączniki potwierdzające zasadność przyjętych kalkulacji.

Zamawiający poinformował, że dokonał analogicznej oceny skuteczności utajnienia wyjaśnień i dowodów przez wykonawców ECM i SAFEGE - w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji do wszystkich oferentów został zastosowany jednakowy wzorzec jakości. Ww. wykonawcy nie zakwestionowali decyzji

zamawiającego w ww. zakresie, przy czym stała się ona prawomocna i niezaskarżalna w świetle postanowień ustawy P.z.p.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący zarzucając jednocześnie zamawiającemu, iż dokonał on jedynie wybiórczej analizy przedmiotowego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa ww. załączników. Zamawiający poinformował, że podtrzymuje w całości dotychczasowe stanowisko, wskazując, że podjęta czynność związana z odtajnieniem załączników do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny czyni zadość przepisom prawa, w tym w szczególności statuującym zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzasadnienie odtajnienia dokumentów w ocenie Zamawiającego świadczy wręcz przeciwnie - o szczegółowej oraz wnikliwej analizie uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia.

Zamawiający poinformował, że podtrzymuje dotychczasowe zapatrywania dotyczące skuteczności zastrzeżenia przez odwołującego informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że ocena uzasadnienia utajnienia została dokonana przez pryzmat aktualnie wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą orzeczeń, które w sposób restrykcyjny podchodzą do tematu zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa oraz doświadczeń spółki związanych z celowym zastrzeganiem przez wykonawców części dokumentów w celu uniemożliwienia wglądu do nich konkurentów w obawie przed skutecznym zakwestionowaniem przedstawianych informacji. W ocenie zamawiającego, dokonując oceny, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dana informacja zasługuje na przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, należy dokonać zarówno skuteczności dokonanego zastrzeżenia, jak i ocenić samą informację pod kątem faktycznego posiadania przez nią wartości gospodarczej. Taka też weryfikacja została dokonana w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do dokumentów odwołującego, jak i pozostałych uczestników postępowania przetargowego, którzy - jak zostało wskazane powyżej - nie dopatryli się w działaniu zamawiającego działania niezgodnego z prawem.

Zamawiający wskazał, że każdorazowo ocena wyjaśnień uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa przebiega dwuetapowo:

a. Etap 1 - Badanie formalne: zamawiający ocenia czy wykonawca wypełnił obowiązek z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010; dalej: „uznk”), tj. czy złożył stosowne wyjaśnienia i czy wykazał w sposób skuteczny w nich, że zastrzegane informacje posiadają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ww. ustawy. Zamawiający dokonuje oceny merytorycznej i faktycznej przytaczanych argumentów, twierdzeń, dokonuje weryfikacji złożonych dowodów na potwierdzenie powyższych tez *etc.*

b. Etap 2 - Badanie merytoryczne: zamawiający ocenia, jakiego rodzaju informacje stanowią przedmiot utajnienia, dokonując weryfikacji, czy na gruncie prawnym oraz faktycznym istnieją podstawy do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, że dokonana ocena wyjaśnień odwołującego dała wynik negatywny w zakresie zarówno analizy w ramach etapu 1, jak i etapu 2.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 2 uznk, aby dana informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki: są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są one powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Zamawiający wskazał, w ślad za uzasadnieniem odtajnienia, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia są w jego ocenie ogólne i lakoniczne, a argumentacja zaprezentowana w uzasadnieniu odwołania stanowi „dopowiedzenie”, wprowadzenie nowych twierdzeń, argumentów i okoliczności, które nie zostały wyartykułowane wprost w uzasadnieniu utajnienia. Dokonywanie rozszerzenia czy uzupełnienia argumentacji dotyczącej przesłanek utajnienia informacji na tym etapie postępowania jest działaniem niedopuszczalnym i prowadzi *de facto* do zmiany wcześniej złożonego oświadczenia (co jest sprzeczne z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., który nakazuje wykazać zasadność utajnienia na etapie złożenia oferty, ewentualnie na etapie przedłożenia zamawiającemu danego dokumentu). Zamawiający podkreślił, że w ramach postępowania odwoławczego strony winny skupić się na analizie skuteczności dokonanego zastrzeżenia aniżeli prowadzić dywagacje i prezentować stanowiska odnoszące się do nowych okoliczności podniesionych przez wykonawcę dopiero na etapie wniesienia odwołania. Zamawiający wniósł o pominięcie wszelkich twierdzeń odwołującego wykraczających poza ramy dokumentów wygenerowanych przez strony w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Zamawiający podniósł, że w niniejszym stanie faktycznym nie bez znaczenia jest fakt, że odwołujący nie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa samych wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, natomiast przedstawiona argumentacja dotycząca utajnienia informacji nie odnosi się *stricte* do zastrzeganych dowodów - załączników do wyjaśnień, ale do treści samych wyjaśnień. Przykładowo w uzasadnieniu utajnienia zostało wskazane, że wartość gospodarcza informacji materializuje się jako ryzyko sposobu kalkulacji oraz wartości poszczególnych kosztów robót branżowych przyjętych do kalkulacji, zaoferowanych w

oparciu o oferty podwykonawców. Zamawiający wskazał, że te okoliczności są znane pozostałym oferentom z uwagi na ich zawarcie w ww. informacji w ww. wyjaśnieniach.

Dalej, w zakresie wartości gospodarczej (strona 2 wyjaśnień) odwołujący wskazał podobnie - że przedmiotem utajnienia są wyjaśnienia, a nie załączniki - dowody. I tak, w akapicie pierwszym wskazuje, że: „przedstawione w poniżej złożonych wyjaśnieniach informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż dalej akapit czwarty:

w wyjaśnieniach, w szczególności w wyliczeniu wartości usługi pozwalają określić koszty osobowe (...), etc.

Podobnie na stronie 3 wyjaśnień: „w wyjaśnieniach Wykonawca ujawnił elementy mające wpływ na kalkulacje ceny „informacje zawarte W wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny itp.

Reasumując, zamawiający wskazał, że przeważająca część uzasadnienia utajnienia odnosi się do treści wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, które nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Co do uzasadnienia utajnienia samych dowodów nie odniósł się w sposób indywidualny, nie wykazał dlaczego akurat konkretne dokumenty noszą cechy tajemnicy przedsiębiorstwa (odwołujący czyni to dopiero w odwołaniu, co *de facto* jest wynikiem dokonanej w uzasadnieniu odtajnienia przez Zamawiającego analizy). Dlatego też zamawiający uznał ww. wyjaśnienia za ogólne, lakoniczne i nie dające podstaw do uznania, że odwołujący dokonał ich skutecznego zastrzeżenia.

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje stanowisko, że odwołujący nie wykazał, że utajnione dokumenty spełniają walory tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przywołanych powyżej przepisów. Zamawiający wskazał, że podstawą podjętej decyzji była również analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która w sposób krytyczny odnosi się do ogólnych i niepopartych konkretnymi argumentami zastrzeżeń informacji, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2019 r. (sygn. akt KIO 1834/19).

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie złożył żadnych dowodów potwierdzających wdrożenie mechanizmów zapobiegających zapoznaniu się z dokumentami przez osoby postronne. Odwołujący wskazał, że w firmie lidera „obowiązują unormowania” ograniczające dostęp do dokumentów, niemniej jednak nie zostało wskazane, o jakiego rodzaju unormowania chodzi, jaki krąg pracowników jest obowiązany do ich przestrzegania, a także, czy na dzień złożenia wyjaśnień nadal były obowiązujące u tego wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że dowody faktycznie zostały wdrożone. Co więcej - brak jest również informacji na temat wdrożonych mechanizmów przez lidera konsorcjum. Okoliczność, że jeden z konsorcjantów wdrożył środki, nie

powoduje, że ochrona obiegu dokumentów pomiędzy wykonawcami spełnia standardy poufności, na które powołano się w wyjaśnieniach.

Zgodnie bowiem z najnowszym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia stosownych dowodów na poparcie podjętych przez siebie działań - takie też stanowisko zostało przedstawione w wyroku z dnia 11 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 148/19).

Zamawiający podniósł, że prowadzi postępowanie w sposób pisemny opierając się na oświadczeniach składanych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może domniemywać określonych faktów czy okoliczności, jak również kreować w imieniu wykonawców określonych zdarzeń w tym przypadku budować uzasadnienia dla objęcia przedmiotowych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe prowadziłyby do absurdalnych sytuacji, w których to na zamawiającym spoczywałby obowiązek poszukiwania argumentów dla nadania określonym dokumentom statusu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Abstrahując od ww. okoliczności związanych z nieskutecznym dokonaniem utajnienia informacji jako tajemnice przedsiębiorstwa, zamawiający powziął wątpliwości co do możliwości objęcia tajemnicą poszczególnych dokumentów. Wskazania wymaga, że informacje takie jak imiona i nazwiska personelu wykonawcy, informacje na temat kosztów podwykonawstwa, ubezpieczenia czy kosztów biura (a także sposobu dokonywania kalkulacji, w tym doboru kontrahentów) zostały ujawnione w ofercie, wykazie osób czy wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej. Dokonanie analizy ww. informacji pozwoli na wywiedzenie istotnych z punktu widzenia biznesowego informacji dotyczących tego, co znajduje się w utajnionych dokumentach. Nie chodzi tutaj o odwzorowanie 1:1 treści dokumentów, ale powzięcie wiedzy na temat ich kluczowych elementów.

W ocenie zamawiającego, o ile przywołane w odwołaniu argumenty wydają się być rzeczowe, to na tym etapie postępowania przedkładanie dodatkowej argumentacji jest działaniem spóźnionym oraz nie konwaliduje zaniechań czy zaniechań odwołującego z wcześniejszych etapów. Nieuzasadnionym wydaje się przyjęcie konstrukcji, w której wykonawca, dopiero po uzyskaniu informacji o decyzji zamawiającego o negatywnej ocenie złożonych wyjaśnień, składa kompleksowe uzasadnienie utajnienia dokumentów. Powyższe prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie odwołującemu uzupełnienie treści uzasadnienia utajnienia pomimo tego, że przepisy ustawy nie przewidują tego rodzaju procedury.

Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, zamawiający wskazał, co następuje:

## Ad Załącznik nr 1 - oświadczenia członków personelu

Odwołujący kwestionuje skuteczność odtajnienia oświadczeń członków personelu o wysokości deklarowanego wynagrodzenia z tytułu zaangażowania w realizację zamówienia.

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko, że w tym konkretnym stanie faktycznym nie sposób przyjąć prawidłowości dokonanego zastrzeżenia. Na powyższe składa się szereg czynników:

- w wyjaśnieniach jako podstawę utajnienia dokumentów wskazano ryzyko „podkupienia” tych osób. Zamawiający wskazał, że informacja o danych osobowych personelu wykonawcy jest znana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, co w zestawieniu z informacjami zawartymi w formularzach cenowych daje możliwość wywiedzenia, jak klaruje się wysokość wynagrodzenia poszczególnych pracowników. Innymi słowy: znając dane personalne członków personelu wykonawcy, każdy zainteresowany podmiot ma możliwość podjęcia rozmów z tymi osobami w celu nawiązania współpracy. W formularzu cenowym zostały wskazane wysokości wynagrodzeń poszczególnych pracowników, natomiast w wyjaśnieniach odwołujący określił, w oparciu o jakie umowy osoby te są zatrudniane. Nawet jeśli konkurent nie zna dokładnej wysokości wynagrodzenia wynikającego z oświadczenia to na podstawie ww. danych posiada środki do skierowania do danej osoby atrakcyjnej oferty handlowej (oferując wynagrodzenie wyższe aniżeli wskazano w formularzu cenowym).

Zamawiający stwierdził, że utajnienie dokumentów pozostaje bez wpływu na ryzyko podkupienia danej osoby w sytuacji, w której wykonawca nie nawiązał z daną osobą stosunku obligacyjnego lub klauzuli o zakazie konkurencji. Z treści przedłożonych dokumentów nie wynika jakoby takie klauzule były zawierane. Utajnienie oświadczeń jest działaniem wtórnym wobec czynności jakie powinny być podjęte dla skutecznej ochrony posiadanego potencjału kadrowego.

Zamawiający zauważył, że odwołujący dopiero w treści odwołania urealnił istniejące ryzyko „podkupienia” personelu, wskazując na rezygnację ze współpracy jednego z członków personelu wskazanego w ofercie. Zamawiający podkreślił, iż taką informacją odwołujący winien był zawrzeć w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem w chwili obecnej taka argumentacja jest spóźniona. Istotnym jest również wskazanie, iż odwołujący nie objął przedłożonych zamawiającemu wyjaśnień dot. ceny rażąco niskiej tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem odwołujący opisał wszystkie okoliczności mające wpływ na obniżenie ceny wraz ze wskazaniem kosztów poszczególnych działań.

Zamawiający wskazał, że odwołujący stwierdził, iż przedstawione informacje mają charakter technologiczny oraz organizacyjny, ze względu na fakt, iż sposób, w jaki

zaplanował świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz podwykonawców, ma przełożenie na zaoferowaną cenę i stanowi *know-how* wykonawcy. Zamawiający wskazał, że ww. *know - how* zostało opisane w wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej. W złożonych oświadczeniach nie sposób doszukać się informacji ani z ze związaną strategią cenową ani z doborem kontrahentów. Oświadczenia zawierają jedynie informację, że osoba X zamierza realizować zamówienie w oparciu o wynagrodzenie Y. Nie ma tutaj żadnych informacji o charakterze opisywanym przez odwołującego. Dokumenty nie stanowią wytworu o charakterze intelektualnym, ale są jedynie oświadczeniami woli pracowników.

Co więcej, abstrahując od ww. twierdzeń zamawiający podkreślił, iż w wyniku szczegółowości umowy oraz OPZ, które określają zasady świadczenia usług przez poszczególnych członków personelu oraz zasady posługiwania się podwykonawcami, nie sposób zgodzić się z argumentacją odwołującego, jakoby to właśnie zastrzeżone załączniki pozwalały na wywiedzenie zakładanego „sposobu świadczenia usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz podwykonawców”.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z obecną linią orzecniczą Krajowej Izby, w świetle powyższej konstatacji, argumentacja odwołującego zdaje się być irracjonalna.

Odnosząc się do utajnienia załącznika nr 2 oraz nr 6, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, bowiem z treści ww. dokumentów nie sposób wywieść, iż przedstawiona oferta ma charakter dedykowany. Zamawiający zauważył, że dopiero w odwołaniu odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia przemawiające za nadaniem im ochrony z art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził ponadto, jak już zostało wskazane w piśmie z dnia 25 lutego 2020 r., firma oferująca wykonanie dokumentacji będzie wykonywała zamówienie jako podwykonawca. Odwołujący nie wskazał na etapie składania ofert ani w podczas składania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., iż zastrzega informację dotyczące podwykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, iż odwołujący w wyjaśnieniach szczegółowo opisał, jakie koszty zostały ujęte w zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznikach, przedstawił podstawy przyjętej kalkulacji oraz opisał branże, w których działają podwykonawcy.

Zamawiający podkreślił, iż w załącznikach nr 2 oraz nr 6 próżno szukać klauzul poufności pomiędzy kontrahentami. W konsekwencji dany podwykonawca jest zwolniony z utrzymania przedmiotowej oferty w tajemnicy, zatem odwołujący nie podjął żadnych działań uniemożliwiających konkurentom dostęp do zastrzeżonej informacji.

Zamawiający wskazał, że na etapie realizacji inwestycji informacja na temat podwykonawstwa odwołującego, w tym informacja na temat podmiotu realizującego badanie, będzie miała charakter informacji publicznej (co więcej wyniki badań laboratoryjnych zostaną udostępnione innym uczestnikom procesu inwestycyjnego, chociażby wykonawcy robót budowlanych i jego pracowników) - zatem nie sposób uznać, że zastrzeżenie będzie miało charakter trwały.

W ocenie zamawiającego, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby przedłożona „oferta” w zakresie wynajmu lokali biurowych mogła stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zawierać wymierną wartość gospodarczą.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, iż odwołujący podał bardzo dokładne dane dotyczące lokalizacji w wyjaśnieniach, których nie zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, zamawiający szczegółowo opisał w dokumentach postępowania wymagania, jakie lokale biurowe muszą spełnić, dotyczące, np. metrażu. Wykonawca jako „oferty” przedłożył wydruki zrzutów ekranu z jednych z najbardziej popularnych serwisów ogłoszeniowych w sieci Internet - które zresztą wypisał w swoich wyjaśnieniach - przez co odszukanie wskazanych nieruchomości dla żadnego z wykonawców nie stanowi najmniejszego problemu.

Również – jak zostało wskazane w argumentacji Zamawiającego dotyczącej Załącznika nr 2 oraz nr 6 – przedstawione oferty nie posiadają żadnych zindywidualizowanych cech, które pozwoliłyby chociażby przypuszczać, że zostały przygotowane dla odwołującego.

Zamawiający również nie zgodził się z argumentacją przedstawioną w odwołaniu, gdzie wartość gospodarczą stanowi właśnie selekcja tychże dwóch nieruchomości spośród wszystkich dostępnych w wymaganej przez zamawiającego okolicy. Niemniej jednak - wskazanie lokalizacji, dane wymagane przez zamawiającego - bez żadnego wysiłku pozwalają każdemu zainteresowanemu podmiotowi na odszukanie ofert z nieruchomościami na wynajem - zatem niweczy to poufny charakter zastrzeżonych informacji.

Odnosząc się do wykazywanych środków transportu, zamawiający nie zgodził się z argumentacją odwołującego stanowiącą o wartości gospodarczej zastrzeżonych załączników nr 4 i 5. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach zawarł ogólny koszt zarówno wyposażenia, jak i dotyczący środków transportu - załączniki jedynie pokazują rozbitcie na poszczególne składniki, które są ogólnie przyjętymi stawkami w obrocie gospodarczym, tak jak, np. koszt wymiany opon lub uśredniony koszt ubezpieczenia rocznego - zatem próżno doszukiwać się wymiernej wartości gospodarczej, jaką taka kalkulacja ze sobą niesie.



Zamawiający stwierdził, że zastrzeżona informacja znajduje swoje źródło w samych wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej oraz formularza cenowego. Ww. dokument nie zawiera szczegółowych informacji, np. na temat leasingodawcy czy też modeli posiadanych aut. Stanowi wyłącznie uproszczony formularz kalkulacyjny.

W świetle powyższego zamawiający podtrzymał swoją argumentację przedstawioną w piśmie z dnia 25 lutego 2020 r., że informacje w zastrzeżonych załącznikach nr 4 oraz nr 5 stanowią jedynie rozwinięcie stanowiska odwołującego w złożonych wyjaśnieniach.

Odnosząc się do załącznika nr 7 (koszty uzyskania gwarancji), zamawiający wskazał, że z ofert przedstawionych od brokerów żaden zainteresowany podmiot nie jest w stanie odczytać informacji takich jak np. posiadany majątek, ilość zawartych umów, wiarygodności finansowej etc. Ponadto, wskazania wymaga, iż INKO Consulting sp. z o.o. jako podmiot gospodarczy jest obowiązany do prowadzenia bilansów finansowych. Konsorcjant - Drogowa Trasa Średnicowa S.A., jako podmiot notowany na giełdzie, ma jeszcze bardziej uszczegółowione oraz rozszerzone obowiązki sprawozdawcze. Zatem wiarygodność finansowa odwołującego może być zweryfikowana przez zainteresowane podmioty.

W nawiązaniu do powyższego, zamawiający stwierdził, że analizując przedłożone oferty nie doszukał się żadnego elementu, mogącego stanowić o unikalnych walorach tychże ofert - widnieje jedynie informacja o zapytaniu, adresat oraz koszt. Wskazał również, iż rozbieżności kwot wskazanych przez odwołującego w załączniku 1B do oferty a wynikających z ww. zastrzeżonego załącznika nr 7 oscylują na poziomie pomiędzy 2% - 6%. Ponadto, jak zostało wskazane w piśmie zamawiającego uzasadniającym odtajnienie ww. załączników, nazwa gwaranta oraz koszt gwarancji należytego wykonania zostaną ujawnione, ponieważ gwarancja będzie stanowiła załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego, zamawiający podał w wątpliwość wartość gospodarczą, jaką ma stanowić dla odwołującego w tym przypadku - sama nazwa brokera ubezpieczeniowego.

Zamawiający poinformował, że tak w treści uzasadnienia utajnienia, jak i w odwołaniu nie dopatrył się „schematów kalkulacyjnych”, które mogłyby zostać przejęte przez konkurentów. W tym zakresie kalkulacja kosztów to działania na liczbach polegające na przeniesieniu wartości do arkusza kalkulacyjnego.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Pismem z dnia 15 listopada 2019 roku odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Odwołujący w piśmie z dnia 27 listopada 2019 roku złożył wymagane wyjaśnienia. Wraz z pismem złożył załączniki:

- 1) załącznika nr 1 - Zobowiązania osób przewidzianych do realizacji usługi;
- 2) załącznika nr 2        Oferta w zakresie weryfikacji dokumentacji;
- 3) załącznika nr 3 - Oferta w zakresie wynajmu lokali biurowych;
- 4) załącznika nr 4 - Środki transportu;
- 5) załącznika nr 5 - Zestawienia kosztów wyposażenia oraz kosztów pozostałych;
- 6) załącznika nr 6 - Oferty na obsługę laboratoryjną;
- 7) załącznika nr 7 - Oferty w zakresie polisy i gwarancji.

Załączniki zostały przez odwołującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uzasadniając zastrzeżenie załączników odwołujący wskazał, co następuje:

„Wykonawca zastrzega informacje zawarte w dalszej części stanowiące załącznik do niniejszego pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Dokumenty te zawierają bowiem informacje organizacyjne dotyczące m.in. sposobu kalkulacji ceny oraz warunków zatrudniania personelu przez Wykonawcę, w tym osób współpracujących na podstawie umowy cywilnoprawnej, które to informacje niewątpliwie posiadają wartość gospodarczą, ponieważ decydują o konkurencyjności danego podmiotu na rynku usług inżynierskich, a w konsekwencji mają odzwierciedlenie w jego wyniku finansowym.

#### Uzasadnienie

Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz.U. z 2018 r. poz. 419), tajemnicą przedsiębiorstwa są informacje, które spełniają łącznie trzy przesłanki: posiadają wartość gospodarczą są nieujawnione do wiadomości publicznej, oraz przedsiębiorca podjął co do nich działania niezbędne w celu zachowania ich poufności.

Tradycyjnie dzieli się tajemnicę przedsiębiorstwa na informacje handlowe, technologiczne, techniczne czy organizacyjne, niemniej z praktycznego punktu widzenia podział ten jest bez znaczenia. Ważne jest, by informacje posiadały wartość gospodarczą, to znaczy mogły być zastosowane w rywalizacji konkurencyjnej.

Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku o sygn. akt XIX Ga 167/07 uznał, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w celu sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być zatem przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Między innymi takie koszty, jak koszty gwarancji i ubezpieczenia, jak również koszty obsługi geodezyjnej, zaplecza, badania laboratoryjnego czy też koszty ogólne budowy, a także ich suma w ocenie Izby stanowią istotne informacje handlowe. Świadczą bowiem o doświadczeniu zdobytym przez wykonawcę na rynku i kontaktach handlowych itp. Dzięki tym informacjom można poznać sposób kalkulacji ceny przez dane przedsiębiorstwo w zakresie, który zwyczajowo nie jest ujawniany do wiadomości konkurencji w danej branży — w tym przypadku budowlanej. Poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót branżowych przyjętych do kalkulacji ceny, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, narażałoby wykonawcę na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych przez współpracujące z nim podmioty. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować wykorzystaniem ich przez firmy konkurencyjne w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku.

Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 sierpnia 2018 roku (sygn. akt KIO/KU 30/18, źródło, System Informacji Prawnej „Legalis”) informacje na temat ceny oferty przy określonym, wysokim stopniu szczegółowości i przedstawieniu autorskich założeń i strategii wykonawcy (np. w wyjaśnieniach składanych na podstawie art. 90 ust. 1 ZamPublU), mogą - przy spełnieniu pozostałych przesłanek ochrony - być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do wartości gospodarczej utajionych informacji

Przedstawione w poniżej złożonych wyjaśnieniach informacje posiadają wartość gospodarczą, gdyż wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym oraz mają znaczenie w działalności gospodarczej osoby uprawnionej lub osoby trzeciej.

Ustawa nie stawia wymogu, by informacja miała jakąś minimalną wartość. Wystarczy, że informacja ma znaczenie gospodarcze. Prawo nie wymaga również, by informacja miała jakieś praktyczne zastosowanie. Co więcej, tajemnicą przedsiębiorstwa może być także informacja, która pozornie nie ma żadnego zastosowania. Przykładem jest wskazanie elementów mających wpływ na ukształtowanie ceny, wskazanie okoliczności oszczędności (doświadczenie, dysponowanie wyposażeniem z ukończonych realizacji, dostępność środków transportowych) pozwala zaoszczędzić konkurencji czas i pieniądze na poszukiwaniu dobrego rozwiązania i uzasadniania ceny dla własnych potrzeb. Niewątpliwie jest to informacja posiadająca wartość gospodarczą.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że — jak podkreśla się w orzecznictwie — w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji chodzi o taką informację (o co najmniej minimalnej lub potencjalnej wartości), której wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt: II GSK 2147/15; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. akt: II GSK 3487/15; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 grudnia 2016 r., sygn. akt: II GSK 1922/15), co niewątpliwie odnosi się również do sposobu kalkulacji ceny oferty.

Dane zawarte w wyjaśnieniach, w szczególności w Wyliczeniu wartości usługi pozwalają określić wartości — koszty osobowe - zakładane na świadczenia wykonywane przez wymaganych przez Zamawiającego członków Personelu jak również członków Personelu pomocniczego, wskazanego w SIWZ przez Zamawiającego jak również personelu, który według wiedzy i doświadczenia Wykonawcy może okazać się niezbędny dla prawidłowej realizacji zamówienia, przyjmowane w oparciu o duże doświadczenie Wykonawcy. Ponadto szczegółowe dane dotyczące wynagrodzenia osób wchodzących w skład Ekspertów Kluczowych mogą skłonić podmioty prowadzące konkurencyjną działalność do „podkupienia” tych osób, narażając Wykonawcę na brak wymaganego na potrzeby innych postępowań personelu, koszty związane z poszukiwaniem osób spełniających konkretne wymagania, jak również zapłatę na ich rzecz wynagrodzenia w większej wysokości niż osobom, którymi dotychczas dysponował. Natomiast konkurencyjnemu przedsiębiorcy pozyskane dane i w ich efekcie „podkupione” osoby doprowadzą do zaoszczędzenia przez niego wydatków, a tym samym zwiększenia zysków. W takim ujęciu przedmiotowe dane mają pośrednio także znaczenie finansowe.

Informacje te mają charakter technologiczny i organizacyjny, bowiem dotyczą sposobu świadczenia usługi, ujawniają, w jaki sposób Konsorcjum zaplanowało świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz podwykonawców — sposób ten ma przełożenie na zaoferowaną cenę i stanowi efekt *know-how* uczestnika postępowania, chroniony ze względu na jego wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji, niezależnie od ich charakteru organizacyjnego lub technologicznego stanowi przesłankę zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (jak:mXXII Ga 312/15 wyrok SO w Warszawie 27.04.2015).

Z ww. powodów informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa mają pośrednio wartość o charakterze finansowym, natomiast niewątpliwie mają one wartość gospodarczą, decydując o sferze przychodowej Wykonawcy.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO informacje prezentujące szczegółowe założenia kalkulacyjne mogą mieć wartość gospodarczą dla wykonawcy, w szczególności przy dużej różnicy stawek, które aktualnie mogą decydować o uznaniu oferty za najkorzystniejszą, nie tylko w tym ale i przyszłych postępowaniach (tak, wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2017 roku, sygn. Akt KIO 536/17), jak również w ocenie KIO sposób kalkulacji ceny, w szczególności kosztów osobowych za jeden dzień pracy można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji, tym bardziej w sytuacji, gdy głównym elementem cenotwórczym jest koszt pracy pracowników (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2012 r. sygn. akt: KIO 63/12 i KIO 66/12).

Odnosząc się do informacji i dokumentów, na podstawie których można odtworzyć przyjętą strategię cenową, metody minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, sposób kształtowania zysku oraz odpowiedzi na pytanie, na czym polega przyjęta strategia budowania ceny oferty

Cena jest tym elementem marketing-mix, który można w najkrótszym czasie zmodyfikować. Jest narzędziem, za pomocą którego można niemal natychmiastowo dostosowywać ofertę do zmian zachodzących na rynku. Oczywistym jest również wpływ strategii cenowej na końcowe wyniki finansowe przedsiębiorstwa. Nawet niewielkie korekty cen mogą spowodować nieproporcjonalnie większe zmiany w marży, i to bez żadnych większych wysiłków. Odpowiednio realizowana polityka cenowa może przynieść więcej korzyści, niż kosztowne kampanie marketingowe.

W wyjaśnieniach Wykonawca ujawnił elementy mające wpływ na kalkulację ceny, a także załączył do nich szczegółowe Wyliczenie wartości usługi, obejmujące także koszty osobowe, które to dane pozwolą konkurencji zrekonstruować strategię cenową Wykonawcy, w tym założenia kosztowe przyjmowane do oferty w przypadku świadczenia konkretnych usług przez osoby wskazane na stanowiska Kadry podstawowej (jak również kadry pomocniczej).

Wykonawca wskazał również które elementy związane z organizacją pracy mają wpływ na obniżenie kosztów związanych z realizacją zamówienia, tj. minimalizację kosztów wykonania zamówienia oraz sposób kształtowania zysku.

Odnosząc się do wskazania, które dokumenty i informacje zawarte w wyjaśnieniach mają charakter organizacyjny lub techniczny lub technologiczny

Informacje zawarte w wyjaśnieniach poniżej mają charakter organizacyjny, techniczny i technologiczny, bowiem dotyczą sposobu świadczenia usługi, ujawniają, w jaki sposób Wykonawca zaplanował świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz

podwykonawców — sposób ten ma przełożenie na zaoferowaną cenę i stanowi efekt know-how uczestnika postępowania, chroniony ze względu na jego wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza informacji, niezależnie od ich charakteru organizacyjnego lub technologicznego stanowi przesłankę zakwalifikowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (jak: XXII Ga 312/15 wyrok SO w Warszawie 27.04.2015)

Dane obejmujące powiązanie stanowiska osoby z jej wynagrodzeniem dla danego zamówienia mieszczą się w definicji informacji o charakterze technologicznym - dotyczy metod działania, formy współpracy i jej kosztów oraz informacji organizacyjnej czyli całokształtu doświadczeń i wiadomości niezbędnych do prowadzenia przedsiębiorstwa.

Informacje o charakterze organizacyjnym obejmują między innymi zasady zarządzania i organizacji oraz wynagradzania poszczególnych pracowników w ramach struktury organizacyjnej związanej z realizacją poszczególnych kontraktów. Takimi informacjami bez wątplenia są dane na temat oddelegowania poszczególnych pracowników w ramach realizowanych kontraktów, a co za tym idzie w konsekwencji optymalizację wynagrodzeń personelu Wykonawcy, konkurenci są w stanie pozyskać wiadomości na temat sposobu zarządzania przedsiębiorstwem Wykonawcy w zakresie świadczonych usług.

Zatem dokumentami o charakterze organizacyjnym, technicznym i technologicznym są schematy zatrudnienia, przyjęta metoda kalkulacji dla poszczególnych zadań, przyjęte założenia zakładające optymalizację kosztów zatrudnienia, sposób powiązania zadań w ramach personelu — personel pomocniczy.

W wyniku upowszechnienia tych informacji Wykonawca jest narażony na szkodę w postaci pozyskania przez firmy konkurencyjne informacji dotyczących zastosowania elementów mających wpływ na wysokość ceny, przyjęcia tożsamego sposobu kalkulacji, co może mieć wymierny wpływ na pozyskiwanie zamówień przez Wykonawcę, a co za tym idzie zmniejszenie potencjalnych szans na rynku usług nadzoru.

Wyjaśniam, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie były ujawniane do wiadomości publicznej, aby nie zostały pozyskane przez konkurentów, a Konsorcjum nieustannie podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W przedsiębiorstwie Wykonawcy obowiązują unormowania, zgodnie z którymi ograniczono dostęp do tych informacji w taki sposób, że są one znane jedynie wąskiemu gronu osób uczestniczących w przygotowaniu ofert. Co więcej, osoby te zobowiązały się na mocy odpowiednich umów do zachowania poufności tych danych, natomiast skutkiem niewykonania tego zobowiązania jest ich odpowiedzialność finansowa oraz odpowiedzialność dyscyplinarna wynikająca z przepisów ustawy — Kodeks Pracy. „Drogowa Trasa Średnicowa” SA podejmuje także działania techniczne i organizacyjne służące

ochronie przedmiotowych informacji. Jako przykład należy wskazać sposób archiwizacji dokumentów je zawierających oraz sposób ich przesyłania. W szczególności „Drogowa Trasa Średnicowa” SA wprowadziła bezwzględny zakaz kopiowania (powielania) treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oraz dokumentów zawierających kalkulację ceny sporządzanych w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez zgody Zarządu oraz ustanowiła zobowiązanie do przechowywania tych dokumentów w jednym wskazanym miejscu zgodnie z zarządzeniem Prezesa „Drogowej Trasy Średnicowej” S.A. w Katowicach z dnia 3 lutego 2016r. w sprawie wprowadzenia Zasad postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczy „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach ze zmianami wprowadzonymi Zarządzeniem Prezesa „Drogowej Trasy Średnicowej” S.A. w Katowicach z dnia 1 lutego 2018r. w sprawie jw.

Tym samym informacje te spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co także znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności przytoczonym powyżej.”

Pismem z dnia 25 lutego 2020 roku zamawiający powiadomił odwołującego, co następuje:

„Zamawiający — PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na podstawie art. 8 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) informuje, iż postanowił o odtajnieniu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz odtajnieniu załączników złożonych na okoliczność wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę z dnia 27 listopada 2019 r. złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. INKO CONSULTING Sp. z o.o. (Lider), Drogowa Trasa Średnicowa S.A. (Partner) wraz z załącznikami:

- 1) Załącznik nr 1 - Zobowiązania osób przewidzianych do realizacji usługi
- 2) Załącznik nr 2 — Oferta w zakresie weryfikacji dokumentacji
- 3) Załącznik nr 3 — Oferty w zakresie wynajmu lokali biurowych
- 4) Załącznik nr 4 — środki transportu
- 5) Załącznik nr 5 — Zestawienia kosztów wyposażenia oraz kosztów pozostałych
- 6) Załącznik nr 6 — Oferty na obsługę laboratoryjną
- 7) Załącznik nr 7 — Oferty w zakresie polisy i gwarancji

Jednocześnie Zamawiający informuje, że ujawnienie w/w informacji nastąpi w terminie nie wcześniejszym niż 10 dni od dnia przekazania niniejszej informacji.

## UZASADNIENIE

Zamawiający informuje, że podstawą odtajnienia dokumentów są następujące okoliczności:

1. Wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp jest warunkiem koniecznym do ich nieujawniania. Wykonawca przede wszystkim w sposób lakoniczny oraz ogólnikowy opisał wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji, jednocześnie nie wykazując, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu utajnienia wyjaśnień Wykonawca powołuje się na okoliczności, które nie potwierdzają, że załączniki spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Przykładowo Wykonawca powołuje się na możliwość „podkupienia” personelu przy czym dane osobowe personelu Wykonawcy zostały zawarte w Wykazach osób, a oferowane dla ww. osób stawki zostały ujawnione w formularzu cenowym dołączonym do oferty. Wykonawca powołuje się również, że załączniki pozwalają na wywiedzenie zakładanego przez wykonawcę „sposobu świadczenia usługi, ujawniają w jaki sposób Konsorcjum zaplanowało świadczenie usługi w zakresie wykorzystywanej kadry oraz podwykonawców” — nie sposób się zgodzić z ww. założeniami w sytuacji, w której umowa oraz OPZ w sposób szczegółowy określają zasady świadczenia usług przez poszczególnych członków personelu, a także zasady posługiwania się podwykonawcami.

3. Wykonawca odnosi się również do elementu ceny marketing — mix, który pozwala na zmniejszenie ceny oferty. Wykonawca jednakże nie wskazuje w jaki sposób przyjęta polityka cenowa daje możliwość uzyskania przewagi finansowej przed konkurentami. Wykonawca wywodzi, że dołączone do wyjaśnień „szczegółowe wyliczenie wartości usługi” pozwoli „zrekonstruować strategię cenową” — Zamawiający natomiast wskazuje, że wyliczenie zawarte w wyjaśnieniach nie zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W świetle powyższego argumentacja przedstawiona przez Wykonawcę jest nieracjonalna w kontekście działań Wykonawcy polegających na opisaniu w wyjaśnieniach — nie objętych tajemnicą — wszystkich okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny wraz ze wskazaniem kosztów poszczególnych działań.

4 Samo twierdzenie Wykonawcy, iż przedłożone informacje posiadają wartość gospodarczą bez sprecyzowania czym konkretnie taka wartość się wyraża jest niewystarczające. Tak też opowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 458/18; KIO 474/18): „W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na



tajemnice przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. \_akt\_II PK 49/14). ”

5. Podobnie również Krajowa Izba Odwoławcza opowiedziała się w wyroku z dnia 26 października 2018 r. (sygn. akt 2063/18), w którym wskazała, iż: „Lektura uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosząca się do treści załączników nr 1, 1a i 1b sprowadzała się w istocie do ogólnych, pozbawionych dowodów, stwierdzeń Odwołującego, iż ujawnienie treści zastrzeżonych załączników może w przyszłości utrudnić lub nawet uniemożliwić wykonawcy przedkładanie porównywalnych ofert, konkurenci uzyskują przewagę tynkową nad wykonawcą, poprzez zastosowanie analogicznego sposobu kalkulacji ceny, w tym zasad określania mamy, poziomu kosztów własnych czy kreowania polityki wynagrodzeń. W ocenie składu orzekającego Izby powyższe, wobec braku szczegółowego skonkretyzowania i odniesienia do sytuacji Odwołującego. nie może być uznane za wystarczające do uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa. Wskazać również należy iż samo twierdzenie przez wykonawcę. iż ujawnienie zastrzeżonych informacji narazi wykonawcę na realne ryzyko poniesienia znacznej szkody majątkowej nie stanowi faktycznego wykazania szkody, którą mógłby ponieść Odwołujący na skutek braku utajnienia informacji w postępowaniu.”

6. Odnosząc się do ostatniej z przesłanek, dotyczącej podjęcia działań umożliwiających zachowanie zastrzeżonych danych w poufności, wskazania wymaga, iż Wykonawca na tę okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów a uzasadnienie ogranicza się do ogólnego przedstawienia środków, które mają świadczyć o prawidłowym zastosowaniu procedur ochronnych do zachowania poufności tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia dowodów potwierdzających podjęte działania w celu utrzymania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w poufności, np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 148/19): „Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że Przystępując ograniczył się jedynie do wyliczenia obowiązujących u niego wewnętrznych uregulowań i zabezpieczeń nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów. Odwołujący nie przedstawił choćby postanowień obowiązujących u niego regulaminów i instrukcji dotyczących zachowania w poufności zastrzeganych informacji. Nie ujawniono także Zamawiającemu przykładowej treści wspomnianych klauzul

poufności. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić czy klauzule te są wystarczające i czy faktycznie obowiązują. "

7. Odnosząc się szczegółowo do utajnionych załączników:

Załącznik 1 — oświadczenia personelu dotyczące deklarowanych wysokości wynagrodzeń — informacje na temat danych osobowych znajdują się Wykazie osób, sposób wyliczenia wynagrodzeń w wyjaśnieniach, a koszt pracowników został ujęty w załączniku 1b do Oferty Wykonawcy.

Zamawiający, odnosząc się do zastrzeżenia przewidywanego wynagrodzenia członków personelu Wykonawcy, pragnie wskazać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 247/19), w którym w ocenie Izby „wskazanie w treści wyjaśnień przewidywanego wynagrodzenia dla danego specjalisty, które to wynagrodzenie stanowi zasadniczy koszt realizacji zamówienia, a tym samym cenę jaką zaoferował Wykonawca, która jest jawna, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Gdyby przyjąć, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest wycena pracy danego specjalisty realizującego zamówienie, to możliwości weryfikacji zasadności przyjętych założeń przez wykonawców byłaby praktycznie niemożliwa dla zasadniczej części postępowań przetargowych. To zaś stałoby w sprzeczności z zasadą jawności postępowania przetargowego. Umożliwienie wykonawcom zastrzeżenia kosztu wyceny pracy danego specjalisty byłoby nieuzasadnionym naruszeniem zasady jawności oraz niedozwolonym ograniczeniem dostępu innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu prawa do analizy ofert innych wykonawców. Zbiorcza wycena elementów składających się na realizację zamówienia nie może być w analizowanym stanie faktycznym uznana za informację mającą wartość gospodarczą, tym bardziej, że została przygotowana według schematu określonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to element wyceny zamówienia, który podlega analizie i ocenie przez Zamawiającego, jak również przez innych wykonawców pod względem prawidłowości i realności wyceny.”

W związku z powyższym Zamawiający odtajnia Załącznik nr 1 do wyjaśnień.

Załącznik nr 2 oraz Załącznik nr 6— Zamawiający wskazuje, że z treści dokumentu nie wynika, że oferta handlowa została wydana Wykonawcy przy uwzględnieniu okoliczności sprzyjających takich jak np. udzielony rabat, obniżenie ceny z uwagi na stałą współpracę etc. W załączniku mowa o „rozmowach i negocjacjach”, tym niemniej jednak z dokumentu nie sposób wywieść, że przedstawiona oferta ma charakter dedykowany.

Wykonawca w wyjaśnieniach opisał w sposób szczegółowy jakie koszty zostały ujęte ww. załącznikach, podstawy przyjętej kalkulacji, a także opisały branże w której działają

Podwykonawcy i jacy konkretnie członkowie personelu zostaną udostępnieni przez kontrahentów.

Co więcej, jak wynika z treści dokumentu firma oferująca wykonanie dokumentacji będzie wykonywała zamówienie jako podwykonawca. Wykonawca na etapie składania ofert oraz dokumentów w trybie art. 26 Pzp nie wskazał, że zastrzega informacje dotyczące podwykonawców jako tajemnicę przedsiębiorstwa — w związku z powyższym dane (dot. zaangażowanych w realizację zamówienia podwykonawców) będą dostępne dla każdego zainteresowanego podmiotu po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo, ceny wskazane w ww. załącznikach oscylują na poziomie wskazanym w załączniku nr 1b do Oferty.

W świetle powyższego nie sposób wywieść, że zostały podjęte skuteczne działania uniemożliwiające konkurentom „odszyfrowanie” podmiotu, którego wycena została przyjęta do kalkulacji ceny zarówno na etapie oceny ofert, jak i po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Zamawiający odtajnia Załącznik nr 2 oraz nr 6 do wyjaśnień.

Załącznik nr 3 - Zamawiający wskazuje, iż przedłożone oferty nie wypełniają przesłanki dot. nieujawnienia informacji do wiadomości publicznej. Wykonawca przedstawił oferty z ogólnodostępnych serwisów ogłoszeniowych w sieci Internet, przez co przekazana informacja nie wypełnia znamion tajemnicy przedsiębiorstwa — ze względu na fakt, iż każdy Wykonawca ma dostęp do przekazanych informacji. Ponadto, wskazane w ofertach nieruchomości stanowią jedynie przykład, który pozwala na ocenę rynkowych wartości wynajmu nieruchomości.

Dalej, przedstawione oferty nie wskazują żadnych zindywidualizowanych cech, które pozwalałyby na stwierdzenie, iż oferta została przygotowana specjalnie dla Wykonawcy przez co nie jest dostępna dla konkurencyjnych podmiotów.

W świetle powyższego Zamawiający odtajnia Załącznik nr 3 do wyjaśnień.

Załącznik nr 4 oraz Załącznik nr 5 - Zamawiający wskazuje, iż ww. załączniki stanowią jedynie rozwinięcie stanowiska zajętego przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej, przez co nie posiadają żadnej wymiernej wartości gospodarczej dla Wykonawcy i w konsekwencji nie mogą zostać uznane za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa.

Załącznik nr 7 - treść załącznika nie wskazuje na unikalne walory wskazanych informacji, w szczególności nie posiadają zindywidualizowanych cech ze względu na adresata (tj.

Wykonawcę), które byłyby niedostępne dla konkurujących wykonawców. Ponadto w treści ofert próżno również doszukiwać się zastrzeżenia autorów o poufności przekazywanych informacji.

Zamawiający wskazuje, że gwarancja należytego wykonania umowy będzie stanowiła załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego — zatem każdy zainteresowany podmiot będzie miał możliwość uzyskania wiedzy na temat nazwy gwaranta, a także wysokości stawki ubezpieczeniowej.

Wykonawca przedstawił zbieżne wartości dot. zarówno polisy jak i gwarancji należytego wykonania umowy w Załączniku nr 1b do Formularza ofertowego, przez co informacja straciła charakter poufny.

W świetle powyższego Zamawiający odtajnia Załącznik nr 7.

Dalej, wskazania wymaga, iż celem skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawca winien spełnić łącznie wszystkie przesłanki wynikające bezpośrednio z dyspozycji art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), co potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 kwietnia 2019 r. (sygn. akt KIO 532/19): „Aby skutecznie wyjaśnić zastrzeżenie informacji, wykonawca musi wykazać łączne spełnienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2018 r, poz. 419 ze zm.)

Zgodnie z tym przepisem 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. ”

Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie dają podstaw do przyjęcia, iż Wykonawca wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej.

W związku z powyższym, Wykonawca nie wypełnił dyspozycji art. 8 ust. 3 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), jak również nie wypełnił łącznie przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) — zgodnie z którymi

Wykonawca może zastrzec informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa o ile wykaże, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne, chociaż nie ze wszystkimi argumentami zamawiającego można się zgodzić.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający zasadnie postanowił o ujawnieniu informacji zawartych w załącznikach 1-7 do wyjaśnień zaoferowanej ceny, zastrzeżonych przed odwołującym jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Jednocześnie, zgodnie z ust. 3 zdanie pierwsze i drugie, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), 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.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,

- informacje te 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

- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący (za wyjątkiem załącznika nr 3, o czym niżej), mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. I tak:

Izba przeanalizowała treść załącznika nr 1 do wyjaśnień i nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż wysokość wynagrodzenia członków zespołu odwołującego została ujawniona w załączniku 1B do oferty. Wysokości wynagrodzeń zadeklarowane w oświadczeniach składanych przez personel odwołującego różnią się od stawek wskazanych we wspomnianym załączniku. Bez znaczenia jest argumentacja zamawiającego, podnoszona w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, iż kwoty te są do siebie zbliżone lub wręcz takie same. Sam fakt istnienia jakichkolwiek różnic pomiędzy kwotami wynikającymi z oświadczeń a kwotami zawartymi w formularzu stanowi o istnieniu u odwołującego mechanizmu ustalania tych kwot i mechanizm ten może mieć dla niego wartość gospodarczą.

Izba wskazuje, iż przywołany przez zamawiającego w piśmie o ujawnieniu informacji zastrzeżonych wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2019 roku (sygn. akt KIO 247/19) nie może stanowić poparcia stanowiska zamawiającego, gdyż dotyczy innego rodzaju informacji niż zastrzeżone przez odwołującego, a mianowicie – wynagrodzenia za usługi personelu wskazanego w ofercie wykonawcy. Nie są to te same stawki, które wykonawca mógł wynegocjować z członkami zespołu. Oczywistym jest, że oficjalne stawki wskazane w ofercie nie mogą być zastrzeżone przed wykonawcą, ponieważ stanowią istotny

element ceny, niemniej jednak wynagrodzenie, jakie wykonawca będzie płacił członkom zespołu, już nie stanowi informacji, która powinna być znana wszystkim uczestnikom postępowania. Ujawnienie tych informacji umożliwi bowiem innym zainteresowanym podmiotom ustalenie mechanizmu kształtowania stawek u danego wykonawcy.

Odnosząc się do załączników nr 2 i 6 Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone wyżej, dotyczące załącznika nr 1. Również i w tym przypadku ceny z załączonych ofert nie są tożsame z ceną usług laboratoryjnych oraz usługą weryfikacji dokumentów wskazaną w załączniku 1b do formularza ofertowego. Fakt ten również dowodzi, iż odwołujący przyjął pewną metodologię wyceny poszczególnych pozycji formularza cenowego, która może stanowić dla niego wartość gospodarczą.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby w złożonych ofertach winny znaleźć się informacje o udzielonych rabatach lub o tym, że oferta ma charakter dedykowany. Trudno bowiem założyć, iż tego rodzaju usługi są usługami standardowymi o stałych cenach, dostępnymi niejako „z półki”. Zarówno charakter wykonywanych usług, jak i ich zakres, pozwala na stwierdzenie, że zawarte w ofertach ich elementy istotne nie są znane ogólnie wszystkim uczestnikom rynku.

W ocenie Izby załącznik nr 3 do wyjaśnień nie spełnia przesłanek pozwalających uznać go za tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być powszechnie znana osobom zajmującym się tym rodzajem informacji albo łatwo dostępna dla tych osób. Nie sposób za taką informację uznać ofertę wynajmu nieruchomości, znajdującą się na ogólnie dostępnej stronie internetowej. Izba nie podziela argumentacji odwołującego, że objęcie tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wynika z faktu, iż te właśnie oferty zostały przez odwołującego wybrane spośród innych. Odwołujący nie wykazał przy tym, że w drodze negocjacji z właścicielem nieruchomości uzyskał inne warunki najmu niż zamieszczone w ogólnie dostępnym ogłoszeniu.

W ocenie Izby załączniki nr 4 i 5 do wyjaśnień zaoferowanej ceny mogą stanowić dla odwołującego wartość gospodarczą. Izba zgadza się z zamawiającym, iż zawarte w załącznikach informacje stanowią rozwinięcie stanowiska odwołującego wyrażonego w wyjaśnieniach, niemniej jednak owo „rozwinięcie” z samej definicji oznacza rozszerzenie, rozbudowanie informacji o elementy, które w podstawowym dokumencie nie występują. I odwołujący jak najbardziej może być zainteresowany w tym, by tych elementów nie upowszechniać.

Analogiczne stanowisko Izba wyraża w odniesieniu do załącznika nr 7. W ocenie Izby, zarówno dane firm brokerskich, jak i wysokość składki mogą stanowić wartość gospodarczą dla odwołującego. Również i w tym przypadku podana wartość w formularzu cenowym (załącznik 1B) i w części jawnej wyjaśnień nie jest tożsama z informacją zawartą w zastrzeganych dokumentach.

Pomimo stwierdzenia, że zdecydowana większość dokumentów zastrzeżonych przez odwołującego zawiera informacje, których charakter wskazuje na ich gospodarczą wartość, w ocenie Izby zamawiający zasadnie podjął decyzję o ich ujawnieniu, a to z uwagi na fakt, że odwołujący nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

Izba stoi na stanowisku, iż użyte przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy P.z.p. sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowodzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Podkreślić należy, że jawność postępowania jest zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie głośnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, iż art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek dokonania zastrzeżenia informacji i jednoczesnego złożenia dowodów uzasadniających dokonane zastrzeżenie. Tymczasem odwołujący dokonane zastrzeżenia w wyznaczonym terminie nie udowodnił. Odwołujący wskazał jedynie, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje nie były ujawniane do wiadomości publicznej, aby nie zostały pozyskane przez konkurentów, a Konsorcjum nieustannie podejmuje niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący poinformował, że w przedsiębiorstwie wykonawcy obowiązują unormowania, zgodnie z którymi ograniczono dostęp do tych informacji w taki sposób, że są one znane jedynie wąskiemu gronu osób



uczestniczących w przygotowaniu ofert, niemniej jednak nie przedłożył tych unormowań tych nie złożył. Nie przedłożył również umów do zachowania poufności danych, mimo że wskazywał na ich istnienie. Odwołujący poinformował o obowiązujących u jednego z konsorcjantów, tj. „Drogowa Trasy Średnicowej” S.A., zasadach postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa „Drogowa Trasa Średnicowa” S.A. w Katowicach, niemniej jednak te zasady również nie zostały przez niego przedłożone.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3b ustawy P.z.p. ustawy P.z.p.

.....