

Sygn. akt: KIO 3130/21

WYROK

z dnia 22 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie 18 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 października 2021 roku przez odwołującego, tj. wykonawcę **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Autostrada Mazowiecka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - Oddział w Rzeszowie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego postępowanie pn. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wraz ze wszystkimi elementami z podziałem na dwie części zamówienia: część nr 1 w Rzeszowie Qua Dębica, część nr 2 Rejon w Krośnie. Przedmiotowe odwołanie dostało złożone w ramach część nr 1, dotyczącej rejonu w Rzeszowie OUA Dębica. Nr postępowania: O.RZ.D-3.2413.10.2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 5 maja 2021 r., nr 2021/S 087-207755.

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086), dalej jako „ustawa Pzp”. Natomiast do toczącego się postępowania odwoławczego, z uwagi na datę jego wszczęcia, zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „nowa ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą L. K. Firma Usługowo – Handlowo – Produkcyjna z siedzibą w Raniżowie (dalej: „Odwołujący”) 22 października 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności polegającej na przyjęciu, że informacje zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 5 sierpnia 2021r., zawierającym wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez wykonawcę, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego (z zastrzeżeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować podwykonawców) oraz, że Odwołujący nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „u.z.n.k.”) oraz w zw. z art. 7 Pzp przez niezasadne przyjęcie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach

ceny z dnia 5 sierpnia 2021r. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a nadto, że Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy zastrzeżone informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostało przez Odwołującego odpowiednio wykazane.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności polegającej na uznaniu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny Odwołującego z dnia 5 sierpnia 2021r. i zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnicy tej nie stanowią, ewentualnie:
- b) unieważnienie czynności polegającej na uznaniu, że informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny Odwołującego z dnia 5 sierpnia 2021r. i zastrzeżone przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, tajemnicy tej nie stanowią – w części, w jakiej decyzja Zamawiającego odnosiła się do informacji zawartych w kalkulacji szczegółowej ceny (wraz z założeniami do kalkulacji) przedstawionej przez Odwołującego.

Wniosek z pkt b) został następnie wycofany przez Odwołującego podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 6 lipca 2021 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wysokości zaoferowanej ceny. W wezwaniu Zamawiający podkreślił, że oczekuje złożenia wyczerpujących wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. Odwołujący wskazał, że pismem z 5 sierpnia 2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia ceny („Wyjaśnienia”), przedstawiając Zamawiającym bardzo obszerne i szczegółowe wyjaśnienia, uzupełnione szczegółową kalkulacją poszczególnych pozycji rozliczeniowych przewidzianych kosztorysami ofertowymi oraz licznymi dowodami postaci m.in. ofert dostawców, podwykonawców, umów, zestawień sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia itp. Odwołujący wyjaśnił, że dokumenty składające się na Wyjaśnienia podzielił na dwie części, tj. te, które w całości mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, oraz te, które zawierają w swej treści informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, wyłączone z udostępnienia pozostałym wykonawcom.

Odwołujący podkreślił, że nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości dokumentów i informacji składających się na wyjaśnienia ceny, ograniczając się wyłącznie do zastrzeżenia tych dokumentów (informacji), które mają z jego punktu widzenia największą wartość gospodarczą. Odwołujący wyjaśnił, że wraz z Wyjaśnieniami Odwołujący przedstawił również Zamawiającemu obszerne, szczegółowe i poparte dowodami uzasadnienie dla

zastrzeżenia części przedstawianych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa („Uzasadnienie”), w którym wykazano zasadność czynionego zastrzeżenia. Odwołujący wskazał, że pismem z 12 października 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia wszystkich informacji zawartych w Wyjaśnieniach i zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa (z wyłączeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować podwykonawców), wskazując, że w jego ocenie zastrzegane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a Odwołujący nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący się nie zgadza. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa nie jest cena zaoferowana przez Odwołującego – cena całej oferty, jak i załączone do oferty kosztorysy ofertowe zawierające ceny jednostkowe lub odpowiednio ceny za poszczególne elementy rozliczeniowe są jawne. Odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zastrzeżenia ze strony Odwołującego są informacje zawarte w kalkulacjach szczegółowych poszczególnych cen jednostkowych/cen za element, przy czym mówiąc o kalkulacji szczegółowej należy mieć na myśli zarówno przedstawione przez Odwołującego wyliczenia, jak i uzupełniające je założenia do wyliczeń (zawarte w części wstępnej wyjaśnień oraz w samej kalkulacji - dodatkowe opisy do poszczególnych pozycji). Odwołujący podkreślił, iż użycie przez Zamawiającego określenia „kalkulacja szczegółowa” jest w tym przypadku zasadne, gdyż Odwołujący w odróżnieniu od większości wykonawców, którzy uprzednio składali wyjaśnienia ceny w Postępowaniu nie poprzestał na przedstawieniu prostego rozbitcia cen jednostkowych/cen za elementy rozliczeniowe na składowe: koszty robocizny, materiałów, sprzętu, inne koszty, koszty pośrednie, zysk, lecz przedstawił szczegółową informację odnośnie tego, w jaki sposób każda z tych składowych została wyliczona, przy jakich założeniach, przy wykorzystaniu jakich zasobów ludzkich i sprzętowych itd.

Odwołujący wskazał też, że cena zaoferowana przez Odwołującego rzeczywiście dotyczy tego konkretnego zamówienia (tego konkretnego Postępowania), jednakże kalkulacja ceny, co szczegółowo przedstawiono i wyjaśniono w Uzasadnieniu, opiera się na założeniach do kalkulowania wspólnych dla wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego,

o które ubiega się Odwołujący. Wobec czego jak wskazał Odwołujący sposób wyliczenia ceny, w tym zwłaszcza założenia leżące u podstaw tej wyceny, nie są więc właściwe dla tego tylko postępowania. Odwołujący wskazał, że Zamawiający brak możliwość zakwalifikowania informacji zawartych w kalkulacji szczegółowej Odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa wywodzi z tego, że w jego ocenie informacje zawarte w szczegółowej kalkulacji nie mogą zostać wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców do – jak

można wnioskować – wyliczenia własnej ceny ofertowej. Są to bowiem założenia właściwe tylko dla Odwołującego. Wniosek ten jest zdaniem Odwołującego nieprawidłowy.

Odwołujący wskazał, że po pierwsze, podane w kalkulacji szczegółowej Odwołującego np. ilości robót możliwych do wykonania w określonej jednostce czasu są ustalone m. in. z uwzględnieniem rozwiązań organizacyjnych i/lub technicznych również szczegółowo opisanych w kalkulacji (np. co do ilości osób wchodzących w skład brygady roboczej i ich kwalifikacji oraz sposobu organizacji ich pracy, co do doboru sprzętów do realizacji danego zakresu usług, ze szczególnym uwzględnieniem rozwiązań „zaprojektowanych” przez samego wykonawcę, np. doposażenie pojazdu wykorzystywanego do wykonywania usług związanych z myciem elementów drogi, sposób doposażenia brygad koszących). Odwołujący wskazał, że zgodzić się należy z Zamawiającym, że obecnie są to dane właściwe dla Odwołującego, jednak po ich ujawnieniu nic nie będzie stało na przeszkodzie by konkurencyjni wykonawcy wdrożyli u siebie wszystkie te rozwiązania organizacyjne i techniczne szczegółowo opisane w założeniach do kalkulacji i docelowo osiągnęli taką samą lub zbliżoną wydajność (a więc jeden z podstawowych wskaźników do kalkulacji), niwelując niewątpliwa przewagę konkurencyjną Odwołującego.

Po drugie, jak wskazał Odwołujący inaczej niż w robotach budowlanych dla branży usług związanych z utrzymaniem dróg nie ma dostępnych na rynku zestawień, zbiorów czy innych podobnych opracowań, które wskazywałyby jakie rodzaje nakładów wiążą się z wykonaniem danej usługi i o jakiej wartości wskaźnikowej (wskazującej na konieczne zaangażowanie danego zasobu przy realizacji danej pracy, a więc de facto odnoszące się do wydajności pracy brygad roboczych, sprzętów danego rodzaju itp.) te nakłady należy przyjąć do kalkulacji. Nie ma więc w tej branży odpowiedników KRN opracowywanych dla robót drogowych. Nie ma również wydawnictw typu Sekocenbud zbierających dane o cenach występujących na rynku. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nie ma także programów do kalkulowania zbierających te dane, z wykorzystaniem których można by – znając ilości wynikające z OPZ – w prosty sposób wyliczyć cenę ofertową. Wobec tego, jak wskazał Odwołujący kalkulacja szczegółowa przedstawiona przez Odwołującego jest więc w istocie bazą danych na temat funkcjonujących na rynku cen, możliwych sposobów wykonania robót, przyjmowanych wskaźników do wyliczenia ceny – bazą danych, którą sam Odwołujący, jak wynika z Uzasadnienia, zbierał przez wszystkie lata swojej działalności. Podmiot, który uzyska taką „gotową” bazą nie musi już gromadzić i porównywać danych „z rynku”, a w miejsce nieznanego sobie wskaźników czy danych może przyjąć do własnej kalkulacji dane Odwołującego. Stanem idealnym jest oczywiście taki, w którym każdy wykonawca dla każdej pozycji rozliczeniowej ma już ustalone własne wskaźniki do kalkulowania i zebrane własne dane o cenach (materiałów, usług itp.), jednak jak pokazuje doświadczenie życiowe tak nie jest i wykonawcy chętnie posiłkują się danymi z różnych opracowań, czy nawet danymi

odnoszącymi się do innych wykonawców, by uwiarygodnić swoją cenę. Dzieje się tak m. in. z tego względu, że na rynku występują wykonawcy, którzy kalkulują cenę wyłącznie w taki sposób by uzyskać zamówienie, a rzeczywistymi kosztami realizacji zamówienia martwią się dopiero później, o czym najlepiej świadczy okoliczność, że zamawiający regularnie stwierdzają rażąco niski charakter oferowanych im w takich postępowaniach cen. Dla takich wykonawców przeszkodą w wykorzystaniu założeń do kalkulacji Odwołującego może nie być to, że są to założenia właściwe dla Odwołującego, celem podstawowym będzie wyłącznie uwiarygodnienie własnych kalkulacji i zdobycie zamówienia.

Po trzecie, jak wskazał Odwołujący - Zamawiający zdaje się pomijać, że z uwagi na wielokrotne zastosowanie danych (założeń) do kalkulacji przedstawionych w kalkulacji szczegółowej Odwołującego, konkurencyjni wykonawcy będą mogli przewidzieć strategię cenową Odwołującego w kolejnych postępowaniach (a Zamawiający w najbliższym czasie będzie wszczynał kolejne postępowania o takim samym przedmiocie). Jako przykład można tu wskazać sposób wyceny usług z grupy VIII Formularza cenowego związanych z ręcznym i mechanicznym koszeniem trawy. Odwołujący wyjaśnił, że bardzo szczegółowo „rozpisał” w kalkulacji szczegółowej założenia do wyceny tych usług, w tym również organizację brygad roboczych oraz ich wyposażenie w sprzęt. Z kalkulacji jasno wynika, że dobór brygady jest powiązany z właściwościami terenu koszonego (jego wielkością, szerokością, spadkami terenu itp.). Odwołujący argumentował, że znając założenia Odwołującego i ilości oraz specyfikę terenu podlegającego koszeniu w kolejny postępowaniu (dane z OPZ i wizji lokalnej) każdy z wykonawców będzie mógł z łatwością wyliczyć, ile ta usługa powinna kosztować Odwołującego. Podobnie jest z innymi pozycjami, np. z pozycją dotyczącą mycia elementów drogi. Odwołujący w Wyjaśnieniach szczegółowo opisał także, jakie zasady przyjmuje dla kalkulacji kosztów zapewnienia sprzętu i jak je pokrywa z realizowanych kontraktów (a więc nie tylko tego). Znając koszty Odwołującego, łatwo przewidzieć jego strategię biznesową i np. dzięki odpowiedniemu zmniejszeniu własnych oczekiwań co do zysku, wyprzedzić Odwołującego w kolejnym postępowaniu. Odwołujący, chcąc odbudować swoją przewagę konkurencyjną musiałby na nowo opracowywać i wdrażać rozwiązania służące optymalizacji kosztów, co rzecz jasna wiązałoby się z koniecznością ponoszenia dodatkowych kosztów, a być może utratą zysków z niektórych kontraktów.

Odwołujący wskazał, że wszystkie te argumenty Odwołujący zawarł w uzasadnieniu (str. 2 – 3), lecz Zamawiający, zdaniem Odwołującego, nie dokonał ich właściwej oceny, istotnie upraszczając zasygnalizowane przez Odwołującego problemy związane z wykonawcom szczegółowych danych zbieranych przez Odwołującego przez lata prowadzonej przez niego działalności i wykorzystywanych do kalkulowania cen w każdym kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego równie dużym uproszczeniem jest stwierdzenie, że sama wiedza o cenach, jakie uzyskuje Odwołujący od dostawców i podwykonawców nie ma wartości gospodarczej, gdyż „wiedza, że dany produkt można zakupić za pewną cenę nie stanowi samoistnie, że pozostali wykonawcy będą mogli także „wynegocjować” taką cenę w kontraktach ze swoimi kontrahentami”. Zamawiający zdaniem Odwołującego pomija jednak, że taka wiedza może stać się podstawą do tego, by podjąć próbę renegeacji kontraktów lub bodźcem do tego by poszukiwać nowych dostawców dla danego zakresu materiałów albo innych sposobów optymalizacji kosztów w danym obszarze (czego być może konkurencyjni wykonawcy nie uczyniliby będąc przekonanym, że ich sytuacja jest w danym zakresie optymalna). Takie informacje są również bezpłatną bazą danych – danych, które w normalnych warunkach należałoby zbierać na rynku, ponosząc z tego tytułu określone koszty (jak wyjaśniono powyżej nie ma dostępnych na tym rynku ogólnych informatorów o cenach). Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie odniósł się do kwestii wprost wskazanej w Uzasadnieniu przez Odwołującego, który wyjaśniał, że „Informacje o cenach, za jakie Wykonawca nabywa określone materiały i usługi (nawet bez wiedzy u jakich podmiotów) oraz o pozostałych warunkach, na jakich są zawierane przez niego umowy pozwala na ustalenie, jakie koszty ponosi Wykonawca w związku z realizacją zamówieniem związanych z utrzymaniem dróg, co z kolei pozwala przewidzieć, jak Wykonawca zachowa się przy składaniu kolejnych ofert w tego typu postępowaniach (jaki poziom ceny jest w stanie zaoferować, jak wysoki zysk zakłada przy tego typu zamówieniach). Taka wiedza po stronie konkurencyjnych wykonawców może utrudnić Wykonawcy konkurowanie o kolejne zamówienia, np. zmuszając go do obniżenia poziomu oczekiwanej marży (...)” (str. 6 Uzasadnienia).

Zdaniem Odwołującego bez znaczenia w kontekście tego pozostaje, czy ceny wynegocjowane czy oferowane Odwołującemu są wyjątkowo korzystne (czy Odwołujący stosuje „agresywną politykę negocjacyjną”), już sama bowiem informacja, że Odwołujący dany materiał (np. sól drogową o wartości kilkunastu milionów na kontrakt) kupuje za cenę x, jest źródłem cennych informacji dla konkurentów, pozwala bowiem na ustalenie, w jakich obszarach Odwołujący ma przewagę konkurencyjną, na jakim poziomie kształtują się koszty Odwołującego za dany zakres itd.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że zastrzegana informacja nie jest informacją o tym, że dana usługa lub dany materiał na rynku kosztują x zł, ale że za tą właśnie usługę lub materiał Odwołujący płaci x zł i taką właśnie cenę musi uwzględnić w swoich kalkulacjach ceny. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający w końcowej części decyzji z dnia 12 października 2021r. o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa kilkakrotnie wskazuje na brak „udowodnienia” przez Odwołującego, iż ceny uzyskane przez Odwołującego od dostawców czy

usługodawców są „szczególnie niskie”, że „podwykonawcy posiadają jakieś szczególne zasoby”, co powoduje, że Odwołujący nie może współpracować z innymi, że „istnieje agresywna sytuacja negocjacyjna”, jednakże okoliczności te są w kontekście Uzasadnienia przedstawionego przez Odwołującego nieistotne dla oceny, czy zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, że nie ma obiektywnie możliwości wykazać, że jego ceny są wyjątkowo niskie, bo nie ma publikacji określających ceny „rynkowe” (średnie) dla takich usług, a Odwołujący nie zna cen konkurentów, ale jak wskazano powyżej wartość takiej informacji Odwołujący wywodzi przede wszystkim z powiązania ceny z jego osobą. Odwołujący wskazał, że nie może również udowodnić, że jego podwykonawcy mają unikalne zasoby i Odwołujący nie może współpracować z innymi podmiotami – w większości przypadków zapewne możliwe byłoby bowiem nawiązanie współpracy z innymi podmiotami, jednak – co również zostało szczegółowo wyjaśnione w Uzasadnieniu – Odwołujący podejmując się współpracy z nowym dostawcą lub podwykonawcą musiałby ponieść koszty jego wyszukania na rynku, weryfikacji jego zdolności, prowadzenia z nim rozmów, a wreszcie liczyć się z ryzykiem, że współpraca z danym podmiotem nie będzie układała się pomyślnie i wykonawca będzie musiał ponieść dodatkowe koszty (np. zmiany podwykonawcy w trakcie wykonywania robót, kar umownych, opóźnień, koszty dochodzenia roszczeń od podwykonawcy). Okoliczność, że tych wszystkich kosztów Odwołujący nie ponosi (bo poniósł je wcześniej) jest wystarczająca do przyjęcia, że dzięki takim informacjom Odwołujący ma przewagę konkurencyjną, a więc informacje te mają wartość gospodarczą.

Zdaniem Odwołującego, całkowicie niezrozumiały jest także zarzut ze strony Zamawiającego, jakoby Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób ujawnienie informacji o zasobach posiadanych przez Odwołującego mogło doprowadzić do utraty przez niego zysku i zostać wykorzystane przez konkurencyjnych wykonawców. Odwołujący podkreśla, że w części d) Uzasadnienia (str. 7) Odwołujący szczegółowo odniósł się do kwestii podniesionych przez Zamawiającego.

Odwołujący przywołał stanowisko wyrażone w orzecznictwie Izby, zgodnie z którym gdy mowa przede wszystkim o wykazaniu wartości gospodarczej zastrzeganych informacji wykonawcy mogą poprzestać na przedstawieniu szczegółowego, rzetelnego wyjaśnienia w zakresie okoliczności, które przesądzają o wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, co Odwołujący w niniejszej sprawie uczynił. W ślad za tym Zamawiający może przyjąć, że wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganej informacji tylko w tych przypadkach, gdy brak jest takiego rzetelnego wyjaśnienia (co nie ma miejsca w niniejszej sprawie) lub wyjaśnienie przedstawione przez wykonawcę, oceniane z uwzględnieniem doświadczenia życiowego i zasad logiki oraz w korelacji z zastrzeganymi informacjami jest nieprzekonywujące. Zamawiający twierdząc jednak, że dane wyjaśnienie jest

nieprzekonywujące powinien jednoznacznie wskazać, jakie względy przesądziły o takiej ocenie.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający zdaje się zmierzać w drugim ze wskazanych kierunków, jednakże przedstawiona przez niego argumentacja referuje jedynie do części przedstawionego przez Odwołującego Uzasadnienia (Zamawiający nie odniósł się do istotnej części argumentów podniesionych w Uzasadnieniu, co zdaje się potwierdzać, że ich nie kwestionuje), a argumenty podniesione przez Zamawiającego, po ich bliższej analizie, okazują się nielogiczne, nie uwzględniające realiów rynkowych i oderwane od argumentów samego Odwołującego i rodzaju (w tym stopnia szczegółowości) zastrzeganych przez niego informacji.

Powyższe, w ocenie Odwołującego, potwierdza, że ocena charakteru informacji zastrzeżonych przez Odwołującego dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa, oderwana od realiów niniejszej sprawy, a w ślad za tym została dokonana z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania.

Naruszenia zasad postępowania Odwołujący upatruje natomiast w tym, że Zamawiający odtajnił również wyjaśnienia wykonawców ReDrog s.c., FBserwis S.A. oraz Eurovia Polska S.A. Odwołujący wyjaśnił, że o ile decyzja Zamawiającego w przedmiocie odtajnienia wyjaśnień ww. wykonawców była słuszna, o tyle uważa, że traktując równo wykonawców w tym postępowaniu wobec wyjaśnień przez niego złożonych utrzymanie ich w tajemnicy powinno mieć miejsce, z uwaga na to, że wyjaśnienia Odwołującego cechują się znacznie większym stopniem szczegółowości, podobnie jak samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z 17 listopada 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia Autostrada Mazowiecka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto złożone w sprawie pisma procesowe przez Strony i Uczestników postępowania, w tym odpowiedź na odwołanie.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Pismem z 12 października 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zamiarze odtajnienia wyjaśnień zawartych w piśmie z 5 sierpnia 2021 r. wraz z dowodami, stanowiące odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny, w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z wyłączeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować kontrahentów Odwołującego zawartych w tym piśmie i załącznikach. Uzasadnienie faktyczne tej czynności było następujące:

„(...) Jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawca zastrzegł część wyjaśnień zawartych w piśmie (oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - kolorem żółtym) z dnia 5 sierpnia 2021r. zawierającego wyjaśnienia oraz dowody, stanowiące odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk” przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 5 sierpnia 2021r. oraz załączonego do niego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający stwierdził, że utajnione przez Wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów

uznk, z zastrzeżeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować podwykonawców, oraz, że Wykonawca nie wypełnił przesłanki wynikającej z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał w sposób wystarczający, że zastrzeżone w Wyjaśnieniach z dnia 5 sierpnia 2021r. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z dnia 23 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 636/18 Izba podkreśliła, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że treść przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez Wykonawcę określonych informacji zawartych w ofercie, z uwagi na zawartą w nich tajemnicę przedsiębiorstwa, nakłada na wykonawcę obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Podkreślić należy, że jednocześnie ze złożeniem oświadczenia Wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 2 uznk. Zatem niezbędne jest nie tylko sprecyzowanie rodzaju informacji, ale przede wszystkim wykazanie przez Wykonawcę, iż posiada ona konkretną wartość gospodarczą oraz, że wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności.

Jak wynika z powyższego na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą Zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy Wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważyć należy, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 uznk.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszego postępowania wskazać należy, iż Wykonawca, do którego należy inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 uznk.

W tym miejscu należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych danych jako tajemnicy przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie rynku. Jednakże pojęcia tajemnicy nie

sposób odnosić do prób utajniania wszystkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym że coś stanowi tajemnicę przedsiębiorcy przesądza nie tylko wola utajnienia (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą.

Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorcy, m.in. kalkulacje szczegółowe wraz z założeniami.

Zamawiający wskazuje, że poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. W kalkulacjach szczegółowych wykonawca nie przedstawił nic innego, jak tylko właśnie kalkulacje zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, co podważa obiektywną wartość gospodarczą ujętych w niej informacji. Wykonawca nie wykazał jakoby sporządzone przez niego kalkulacje wraz z założeniami posiadały obiektywną wartość gospodarczą. Nie sposób bowiem uznać, że na skutek ujawnienia danych ujętych w kalkulacji szczegółowej wraz z założeniami, mogłoby dojść do zmniejszenia jego szans na złożenie najkorzystniejszej oferty w kolejnych postępowaniach. Według Zamawiającego mało prawdopodobne jest by jakikolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji Wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowana jest w zależności od dostępnych dla każdego z wykonawców zasobów i warunków realizacji danego zamówienia.

Powyższe istotne jest również ze względu na fakt, że Zamawiający zastrzegł dane mogące identyfikować kontrahentów wykonawcy, a tym samym uniemożliwił pozostałym wykonawcom ewentualne nawiązanie kontaktu z tymi podmiotami. Również warunki zawierania przez Wykonawcę umów, w związku z zastrzeżeniem nazw kontrahentów, nie powinny zdaniem Zamawiającego stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, tym bardziej, iż abstrahując od zauważalnych na rynku wahań cen, każde z postępowania charakteryzuje się odmiennymi warunkami, co niewątpliwie przekłada się na oferowane warunki handlowe. Zdaniem Zamawiającego podmioty uczestniczące w postępowaniu są profesjonalistami, ergo mają świadomość wysokości cen obowiązujących obecnie na rynku, a także wysokości możliwych do uzyskania rabatów. Wiedza, że dany produkt można zakupić za pewną cenę nie sprawi samoistnie, że pozostali wykonawcy będą mogli także „wynegocjować” taką cenę w kontaktach ze swoimi kontrahentami.

Wykonawca nie udowodnił również, że jego ceny zaoferowane przez podwykonawców są na szczególnie niskim poziomie a podwykonawcy ci posiadają jakieś szczególne zasoby, umiejętności, czy oferty do których dostęp jest utrudniony i które powodują, że tylko Wykonawca może z tymi podwykonawcami współpracować. Nie udowodniono istnienia agresywnej sytuacji negocjacji cen oferowanych przez podwykonawców na rynku, przykładowo, że podmioty te oferowane ceny są na wyjątkowo niskim pozwalającym uzyskać Wykonawcy przewagę konkurencyjną itp.

Również informacje w zakresie zasobów posiadanych przez Wykonawcę nie stanowią zdaniem Zamawiającego tajemnicy przedsiębiorcy. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób uzyskanie ww. informacji przez pozostałych wykonawców może doprowadzić do szkody w postaci utraty zysku, bądź w jaki sposób dane te mogą posłużyć podmiotom konkurencyjnym do osłabienia pozycji Wykonawcy na rynku. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dane do wykonania konkretnej części zamówienia w tym postępowaniu, lub nawet dane w zakresie posiadanych przez Wykonawcę zasobów, mogłoby być wykorzystane przez innego wykonawcę. W szczególności za wykazanie nie może zostać uznane, niejasne twierdzenie, że „Mając taką wiedzę konkurencyjni wykonawcy mogą odpowiednio modyfikować swoją strategię ceną by uniemożliwić Wykonawcy uzyskanie kolejnego zamówienia.”

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zastrzeżone przez Wykonawcę w piśmie z dnia 5 sierpnia 2021r. informacje nie wypełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również Wykonawca nie wykazał, że posiadają one walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wobec powyższego Zamawiający odtajnia pismo z dnia 5 sierpnia 2021r. zawierające wyjaśnienia wraz z dowodami, stanowiące odpowiedź na wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, z wyłączeniem firm i danych pozwalających zidentyfikować kontrahentów Wykonawcy, zawartych w przedmiotowym piśmie oraz załączonych dowodach.

Od czynności odtajnienia przysługuje Wykonawcy odwołanie na zasadach opisanych w Dziale IX (Środki ochrony prawnej) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych.”

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a tym samym czynność Zamawiającego w przedmiocie odtajnienia pisma z 5 sierpnia 2021 r. wraz w dowodami lecz bez podania nazw i innych danych identyfikujących kontrahentów zawartych w ww. piśmie oraz w dowodach, była prawidłowa.

Jak wskazuje się jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonej w treści art. 8 ustawy Pzp. Pamiętać należy, że jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia (*vide*: art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Wobec tego ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z ograniczeniem takim będziemy mieć do czynienia w sytuacji powołania się przez wykonawcę na informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z treścią art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Podkreślenia przy tym wymaga, że dla skutecznego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa niezbędna jest nie tylko wola dysponenta tych informacji oraz podjęcie określonych w ustawie czynności (element subiektywny). Pamiętać bowiem należy, że tajemnica przedsiębiorstwa musi mieć ponadto charakter obiektywny, tj. nie można tej tajemnicy subiektywizować jedynie na podstawie oświadczeń osób pragnących takiego zastrzeżenia dokonać. Gdyby przyjąć taką możliwość, dla skutecznego zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wystarczające byłoby samo przejawienie woli ze strony podmiotu zainteresowanego. Natomiast samo przejawienie takiej woli nie jest wystarczające, ponieważ niezbędne jest ponadto wykazanie przez wykonawcę wartości gospodarczej, która to przesłanka ma w ocenie Izby charakter obiektywny.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba w pierwszej kolejności odnosząc się do twierdzeń zawartych w odwołaniu a skierowanych pod adresem samego uzasadnienia czynności z 12 października 2021 r. wskazuje, że choć rzeczywiście uzasadnienie to jest związane i w jego treści Zamawiający w sposób zbiorczy odnosi się do stanowiska Odwołującego zawartego w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może to stanowić o podważeniu zasadności czynności Zamawiającego w przedmiocie odtajnienia pisma z 5 sierpnia 2021 r. wraz z dowodami. Przede wszystkim jak już wcześniej wskazano, powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania i jako takie powinno być stosowane w sytuacjach uzasadnionych. Stąd też ocena zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym ocena zarówno samych informacji jak i uzasadnienia, powinna być dokonana w sposób krytyczny.

Mając na uwadze treść pisma z 5 sierpnia 2021 r. w wersji znajdującej się w pliku „000_cz_ogolna_wyjasnienia_tajemnica_przedsiębiorstwa.bes”, Izba wskazuje, że w wyjaśnieniach tych Odwołujący nie porusza żadnych wrażliwych kwestii. Odwołujący w zasadzie wyjaśnia jak okoliczność, że aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego kilka podobnych umów przekłada się dla niego na korzyści i na cenę w tym postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący nie wskazuje przy tym na żadne dane wrażliwe, a nawet powołuje się na informacje powszechnie dostępne np. akapit 4 str. 6 pisma rozpoczynający się od słów: „*W ślad za tym (...)*”. Opisany przez Odwołującego sposób korzystania ze sprzętu (ostatni akapit str. 6 in. pisma), nie porusza w ocenie Izby informacji o charakterze unikatowym. Kwestie poruszone na str. 8 a odnoszące się do stanu posiadania wykonawcy nie przedstawiają w ocenie Izby takiego charakteru ani wartości, że ich ujawnienie mogłoby narazić Odwołującego na szkodę. Nie jest dla Izby jasne, jak pozyskanie tych informacji mogłoby narazić Odwołującego na szkodę, w tym Odwołujący nie wyjaśnił, że taki stan posiadania po pierwsze nie ma charakteru informacji powszechnie dostępnej, po drugie konkurenci nie dysponują podobnym zapleczem. Innymi słowy, Odwołujący nie wykazał, że taki stan posiadania wyróżnia go na rynku a ujawnienie tych informacji mogłoby narazić Odwołującego na szkodę. Odwołujący jedynie pokazał, że taki stan posiadania pozwala mu na pewną optymalizację kosztów w szczególności mając na uwadze efekt skali związany z jednoczesną realizacją na rzecz Zamawiającego kilku innych kontraktów. Informacje zawarte na str. 9 i 10 pisma również w ocenie Izby nie są unikatowe, podobnie jak wyjaśnienia na str. 18-22 pisma, które także nie są nacechowane żadną oryginalnością i rację ma Zamawiający, że odnoszą się do tego konkretnego zamówienia.

Lektura wyjaśnień oraz uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa prowadzi do wniosku, że Odwołujący polega przede wszystkim na korzystnej sytuacji wynikającej z faktu, że aktualnie realizuje na rzecz Zamawiającego kilka postępowań jednocześnie. Sam Odwołujący przyznaje to wprost, powołując się w treści wyjaśnień na korzystne ceny spowodowane efektem skali. Wskazać należy też na stanowisko Zamawiającego zaprezentowane podczas rozprawy, zgodnie z którym Zamawiający w innym postępowaniu w 2018 r., w którym udział brał Odwołujący odtajnił wszystkie informacje w zakresie rażąco niskiej ceny, co następnie nie przeszkodziło Odwołującemu skutecznie uczestniczyć w analogicznych postępowaniach u Zamawiającego (*vide*: str. 5 protokołu posiedzenia i rozprawy z 18 listopada 2021 r.). Ponadto, jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, Odwołujący sam w akapicie 3 na str. 2 pisma zawierającego uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa ujawnia, w jaki sposób prognozuje ilość prac koniecznych do wykonania w tym postępowaniu wskazując na stosowany przez siebie mechanizm. Ponadto należy mieć na względzie, że wszyscy wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu są doświadczeni i są profesjonalistami. Każdy z wykonawców ma swoją określoną sytuację i warunki

prowadzenia przedsiębiorstwa i w ocenie Izby nie są to sytuacje i warunki między przedsiębiorcami tożsame. Co za tym idzie, każdy wykonawca kalkuluje cenę oraz czyni założenia co do sposobu planowania pracy w celu realizacji zamówienia z uwzględnieniem własnej sytuacji, a nie warunków w jakich działa konkurent.

Co do argumentacji Odwołującego odnoszącej się do samego sposobu kalkulacji ceny w tym postępowaniu, Izba wskazuje, że stanowisko odwołującego nie jest jasne. Odwołujący bowiem powołuje się na swoje doświadczenie, bliżej niesprecyzowane *know – how* w tym zakresie, zupełnie pomijając potrzebę wykazania oryginalności stosowanej przez siebie metody, co mogłoby w ocenie Izby uzasadniać jej ochronę z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Innymi słowy, w zakresie zasad przypisywania kosztów, Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił na czym miałyby polegać wartość autorska przyjętej konstrukcji budowy ceny. Dodatkowo odnotować należy, że w innym miejscu wyjaśnienia Odwołujący sam przyznaje, że sporządzona przez niego kalkulacja odzwierciedla sposób kalkulacji również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Izba ponadto dostrzega, że Zamawiający w tym postępowaniu wskazał w treści SIWZ minimalne wartości co do personelu oraz co do sprzętu jakich wymaga od wykonawców. Nie przekonał też Izby argument o tym, że udostępniając wyjaśnienia z 5 sierpnia 2021 wraz z dowodami udostępniona zostanie baza cen, jaką dysponuje Odwołujący, w tym argument, że ta wiedza zainspiruje konkurentów do podjęcia negocjacji. W ocenie Izby po pierwsze, są to czyste spekulacje ze strony Odwołującego, po drugie Izba przypomina że Zamawiający nie ujawnił danych kontrahentów Odwołującego oraz że po trzecie, prowadzenie negocjacji co do cen jest zjawiskiem normalnym i typowym w sytuacji prowadzenia działalności gospodarczej, nie może więc stanowić w ocenie Izby o zasadności utrzymania w tajemnicy danych co do poziomu cen. Ponadto samo pozyskanie informacji na temat cen i przystąpienie do renegocjacji własnych warunków finansowych nie zawsze musi prowadzić do zamierzonego efektu, gdyż ten w ocenie Izby zależy od wielu zmiennych w tym od pozycji negocjacyjnej stron, a tę każdy podmiot prowadzący działalność ma inną. Wobec czego argumenty Odwołującego są w ocenie Izby jedynie dywagacjami.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego dotyczącego myjki, Izba miała na uwadze że podczas rozprawy Odwołujący nie potrafił wskazać konkretnego załącznika, w którym znajduje się opis myjki posiadający w jego ocenie wartość gospodarczą. Izba zidentyfikowała, że opis myjki znajduje się w pliku oznaczonym jako "00_gr_v_tajemnica_przedsiębiorstwa.bes". Zdaniem Izby nie jest to opis techniczny, nie zawiera szczegółowych rozwiązań konstrukcyjnych ani żadnych innych, które dawałyby konkurentom dostęp do rozwiązania technicznego. Ponadto, jak słusznie podniósł Zamawiający, pojazd ten będąc w użytkowaniu na drodze jest wystawiony na widok, w tym można zaobserwować w jaki sposób pojazd ten pracuje i w wyniku obserwacji poznać też

jego budowę zewnętrzną. Natomiast zamieszczony w ww. załączniku opis nie zawiera zdaniem Izby żadnych danych technicznych, których nie można by było dostrzec podczas takiej pracy pojazdu na drodze. Z tych względów również i w tym aspekcie stanowisko Odwoływającego nie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: