

Sygn. akt: KIO/KU 30/18

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 2 sierpnia 2018 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych w dniu 9 lipca 2018 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.**, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28 czerwca 2018 r. (znak: UZP/DKZP/KU/70/18) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273 i 351” – Zadanie A pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny - Police”*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	<b>Anna Chudzik</b>
Członkowie :	<b>Katarzyna Brzeska</b> <b>Przemysław Dzierzędzki</b>

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Budowa Szczecińskiej Kolei Metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273 i 351” – Zadanie A pn. „Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny - Police”*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust.

4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez bezzasadne uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez konsorcjum firm w składzie: Budimex S.A. (lider konsorcjum), PKP Energetyka S.A. (dalej: Konsorcjum Budimex) jako tajemnicy przedsiębiorstwa Rozbicia Ceny Ofertowej i zaniechanie odtajnienia tego dokumentu.

W toku kontroli ustalono, że w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum Budimex złożyło ofertę, w której zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa Rozbicie Ceny Ofertowej. Wraz z ofertą wykonawca przedstawił oświadczenie dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym zawarł uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa ww. dokumentu. Wykonawca wskazał m.in., że: *Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę – Rozbicie Ceny Ofertowej, stanowi informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu robót (zakresu opisanego nazwą danej pozycji oraz odpowiednim fragmentem dokumentacji przetargowej – SIWZ, dokumentacji technicznej, STWiORB), stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc roboty budowlane na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Ujawnienie Rozbicia Ceny Ofertowej pokazuje, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Każdy profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych wykonawca, w oparciu o zapisy SIWZ, w tym dokumentacji przetargowej, może bowiem na podstawie danych zawartych w zastrzeganym kosztorysie – cen jednostkowych, odtworzyć zastosowany przez Wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny. Być może mechanizm ten nie będzie pełny, bowiem nie wszystkie założenia można odtworzyć na podstawie tylko i wyłącznie danych finalnych w postaci ceny jednostkowej, niemniej będzie on na tyle szczegółowy, by określać tendencje, trendy wykorzystywane przez Wykonawcę oraz stałe elementy strategii budowania ceny. Okolicznością nie budzącą przy tym większych wątpliwości jest to, że informacje te mają dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą, Co prawda, zastrzegane Rozbicie Ceny Ofertowej zostało opracowane na potrzeby tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak ich analiza przez podmioty konkurujące z Wykonawcą pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Zasady kalkulacji, które zastosował w niniejszej sprawie Wykonawca, są bowiem wspólne dla wszystkich kalkulacji opracowywanych przez Wykonawcę, stanowią wynik jego doświadczeń, związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją robót budowlanych, decydują o jego*

przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których składa ofertę. Nadto, nie sposób nie dostrzec, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych robót powtarzalnych – robót, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Przy poziomie szczegółowości kalkulacji wymaganej w SIWZ niniejszego postępowania, można założyć, że pozycje o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe zastosowane w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, jeśli ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo wyceniać określony zakres robót, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych, prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień). Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwem, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (tak wyrok KIO z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13, por. wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Dodać przy tym należy, że wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (tak wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2784/14). Tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy na kontrakcie, może doprowadzić do powstania po stronie Wykonawcy szkody związanej z utratą możliwości efektywnego konkurowania o zamówienia.

Prezes Urzędu ustalił, że w toku oceny oferty, również w wyniku wniosku złożonego przez innego wykonawcę z prośbą o odtajnienie i udostępnienie treści oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex S.A. w części oferty dotyczącej Rozbicia Ceny Ofertowej, Zamawiający nie podważył zasadności zastrzeżenia tej części oferty. W konsekwencji powyższy dokument nie został przez Zamawiającego ujawniony.

Odnosząc się do powyższych ustaleń Prezes Urzędu podkreślił, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Wykonawca obowiązany jest zatem wykazać, że zastrzegane informacje wypełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ich ujawnienie może godzić w jego interes. Konieczność wykazania powyższych okoliczności oznacza, że w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedstawić umotywowane stanowisko, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia każdorazowo badania wystąpienia ww. przesłanek w konkretnej sytuacji. Prezes Urzędu powołał się na stanowisko opublikowane na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, w którym wskazuje się, że za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być uznane w szczególności dokumenty (informacje) takie jak: kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.

W Informacji o wyniku kontroli wskazano, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający dołączył do SIWZ wzór Rozbicia Ceny Ofertowej, wg którego należało sporządzić omawiany dokument. Zgodnie z pkt 15 ppkt Id SIWZ wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą Rozbicie Ceny Ofertowej uzupełnione o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty (pkt 13 ppkt 6 SIWZ). Z uwagi na powyższe analiza uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Rozbicia Ceny Ofertowej prowadzi do wniosku, że informacjom zawartym w tym dokumencie nie przysługuje status tajemnicy przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności nie można się zgodzić ze stanowiskiem Konsorcjum Budimex, że sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu robót jest efektem zdobytego przez niego know-how, treść Rozbicia Ceny Ofertowej została bowiem sporządzona przez Zamawiającego na potrzeby tego konkretnego postępowania i była ona udostępniona na równych zasadach wszystkim wykonawcom zainteresowanym przedmiotowym zamówieniem. Tym samym zawarte w tym dokumencie ceny nie są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa i w konsekwencji nie mogą stanowić informacji posiadających wartość gospodarczą. Prezes Urzędu nie zgodził się też ze stwierdzeniem, że utajnione Rozbicie Ceny Ofertowej pokazuje, w jaki sposób

Wykonawca określa koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany, samo wstawienie przez wykonawcę cen w przygotowanym przez zamawiającego dokumencie nie wskazuje bowiem na sposób kalkulacji ceny, czy sposobu budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii. Dodatkowo Prezes Urzędu podniósł, że żadne z przytoczonych w uzasadnieniu Konsorcjum Budimex orzeczeń dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazuje na analogiczny do powyższego postępowania stan faktyczny.

W związku z powyższym Prezes Urzędu stwierdził, że nie można uznać informacji dotyczących cen wskazanych przez Konsorcjum Budimex w Rozbiciu Ceny Ofertowej za skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że powinny zostać ujawnione przez Zamawiającego, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, wskazując, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą zostać objęte informacje dotyczące ceny oferty. W odniesieniu do kwestii objęcia tym zakazem również cen jednostkowych i kalkulacji cenowych powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 149/16, w którym Izba wskazała, że: *niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają wartość gospodarczą dla konsorcjum (...), w szczególności dotyczy to takich zagadnień jak: organizacja pracy, logistyka, koszty wykonywania usług, wysokość zysku, kontakty z kontrahentami, ceny uzyskane za podwykonawstwo, ceny materiałów, wielkość rabatów, źródła dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi istotną dla wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na utrzymywanie jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami, działającymi w tej samej branży. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody oraz sposób kalkulacji, który po pierwsze pozwalał na zaferowanie ceny najkorzystniejszej, a po drugie pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa. Sposoby kalkulacji ceny wypracowywane przez kilka lat, w oparciu o doświadczenie zatrudnianych pracowników i współpracy ze sprawdzonymi podwykonawcami posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą, mają wpływ na utrzymanie jego konkurencyjności na rynku (...)* Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od

*jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum.* Zamawiający przywołał też orzeczenie Izby w sprawie o sygn. akt KIO 802/14, w którym wyrażono pogląd, że informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane na poszczególne materiały mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, a ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp przez cenę należy rozumieć „cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915 oraz z 2016 r. poz. 1823), co oznacza, że odnosi się ono do ceny oferty, a nie jej elementów składowych. Zamawiający wyprowadził z powyższego wniosek, że wykonawca nie może zastrzec ceny łącznej, ale ceny jednostkowe, a także składniki cenowe – już tak. Mogą one bowiem posiadać istotne, wymierne znaczenie gospodarcze i stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacja o wycenie poszczególnych, kluczowych części zamówienia może wiązać się z wejściem przez konkurentów w posiadanie istotnych informacji o innym wykonawcy – jego potencjale, możliwościach finansowych i ekonomicznych, posiadanych kontraktach, pozwalających na realizację poszczególnych elementów zamówienia na danych warunkach. Zdaniem Zamawiającego, bez znaczenia dla analizy tajemnicy przedsiębiorstwa jest, czy wzór rozbicia ceny ofertowej zostało przygotowane przez Zamawiającego na potrzeby konkretnego postępowania, czy przez wykonawcę, istotne jest natomiast to, czy ujawnienie zawartych w nim informacji może stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Dodatkowo Zamawiający zaznaczył, że stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych nie jest źródłem prawa.

W ocenie Zamawiającego argumentacja przedstawiona przez Konsorcjum Budimex w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa pozwala uznać za wiarygodne, że zastrzeżone dane mogą pozwolić innym podmiotom działającym na rynku pośrednio uzyskać informacje o działalności wykonawcy, które to informacje mają charakter gospodarczy. Powyższe oznacza, że wykonawca wypełnił ustawowe przesłanki, wynikające z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i prawidłowo uzasadnił zastrzeżenie danych zawartych w RCO jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca uzasadnił przyczynę zastrzeżenia informacji zawartych w Rozbiciu Ceny Ofertowej i powołał się na okoliczności mające charakter gospodarczy.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że związany jest nie tylko przepisami ustawy Pzp, ale także musi uwzględniać całokształt obowiązującego stanu prawnego, w tym ewentualne konsekwencje nieuzasadnionego odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazał, że w przypadku nieuzasadnionego odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający będzie narażony na roszczenia odszkodowawcze na podstawie art. 415 Kc.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego podniósł, że przywołane fragmenty wyroków Krajowej Izby Odwoławczej nie wskazują na analogiczny do przedmiotowego postępowania stan faktyczny. Obydwa przytoczone orzeczenia odnoszą się bowiem do kwestii możliwości zastrzeżenia przedkładanych na żądanie zamawiającego, szczegółowych wyjaśnień oraz dowodów określających sposób kalkulacji ceny ofertowej. Żaden z powyższych wyroków nie dotyczy natomiast możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w RCO, sporządzonym przez wykonawcę na wzorze określonym przez zamawiającego, w zakresie którego wykonawca zobowiązany jest jedynie do dokonania wycen poszczególnych pozycji, które składają się na pełen zakres przedmiotu zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał na art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który wyłączył możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tzn. informacji podawanych podczas otwarcia ofert. Zgodnie z tym przepisem, podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Prezes Urzędu podkreślił, że powyższa lista obejmuje pozycję informacje dotyczące ceny, co nie jest tożsame z pojęciem ceny całkowitej oferty. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 98/15, KIO 146/15, w którym wskazano, że przepis art. 86 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie informacji dotyczącej ceny należy interpretować jak najszerzej – w sytuacji, gdy tylko jest to możliwe – do granicy nieprzekraczającej uprawnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W przywołanym wyroku Izba stwierdziła, że w tzw. „Szczegółowym formularzu cenowym”, stanowiącym swoistą tabelę „elementów scalonych” oznaczonych wprost przez zamawiającego, brak jest jakichkolwiek danych (opisów) autorskich wykonawcy odnoszących się do zamierzonego sposobu wykonania przedmiotowego zamówienia, a wykonawca podaje rozbięcie ceny całkowitej oferty na elementy wyspecyfikowane wprost przez zamawiającego. Zdaniem Izby tego rodzaju dane mieszczą się w pojęciu *informacje dotyczące ceny* i brak jest podstaw do ich zastrzeżenia. Rozumując przeciwnie, można by zastrzegać tajemnicą przedsiębiorstwa kosztorysy ofertowe wraz z tabelami elementów scalonych, gdzie opisy pozycji dokonywane są przez zamawiającego, a wykonawca

uzupełnia je jedynie o ceny jednostkowe i wartość. W ocenie Prezesa Urzędu powyższe stanowisko Izby można odnieść do stanu faktycznego kontrolowanej sprawy. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą RCO, w którym wycenione pozycje obrazują cenę całkowitą oferty wykonawcy. Poszczególne pozycje tego dokumentu, nie są określane przez wykonawcę, lecz przez zamawiającego, który przygotowuje i udostępnia wykonawcom RCO. Ze względu na ścisły związek między cenami cząstkowymi, a ceną całkowitą oferty, ceny poszczególnych pozycji RCO należy uznać za informacje dotyczące ceny, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, które nie podlegają zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Prezes Urzędu podkreślił, że wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą RCO, według wzoru załączonego do SIWZ, w którym należało uzupełnić dokument o ceny poszczególnych pozycji. Dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, stanowił podstawę do wyliczenia ceny brutto oferty (pkt 13 ppkt 6 SIWZ). Wycenione pozycje stanowią zatem wykaz prac określonych i opisanych przez zamawiającego, składających się na przedmiot zamówienia, które wykonawcy wyceniali na potrzeby kalkulacji ceny całkowitej oferty. Dokument ten, wypełniony przez wykonawcę, nie zawiera żadnych szczegółowych informacji na temat przyjętego przez wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny. Nie zawiera informacji, które mogłyby stanowić źródło wiedzy o kwestiach i okolicznościach kosztotwórczych, czy też dostarczających wiedzy co do strategii budowania ceny, w tym na temat kosztów pracy, wysokości zysku lub innych elementów mających wpływ na kalkulację. Pozycje zawarte w formularzu RCO zostały przygotowane przez zamawiającego w sposób zagregowany, który we własnym zakresie wyznaczył zakres robót i opis poszczególnych pozycji. Niektóre pozycje dotyczą całych obiektów budowlanych. Wykonawcy nie podawali w tym dokumencie żadnych dodatkowych informacji i nie modyfikowali struktury przedmiaru według własnego uznania. Nie dodawali stawek jednostkowych, nie rozbijali cen ryczałtowych lub cen za komplet na drobniejsze składniki.

Prezes Urzędu podkreślił, że na cenę wskazywaną przez wykonawcę ma wpływ szereg czynników związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą. RCO, jako ogólna kalkulacja wykonawcy, nie obrazuje tych czynników ani metody kalkulacji poszczególnych cen i przyczyn określenia jej na danym poziomie. Z tego względu nie można zgodzić się z twierdzeniem, że RCO ujawnia informacje na temat organizacji przedsiębiorstwa, a analiza dokonana przez podmioty konkurujące z wykonawcą zastrzeżonych przez niego danych, pozwoliłaby im na uzyskanie informacji o wypracowanych przez wykonawcę metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia. Wycena poszczególnych pozycji RCO nie przekazuje sprecyzowanych informacji na temat sposobu kalkulacji ceny. Ponadto cena ta jest przedstawiona jako cena ryczałtowa za daną pozycję albo jako cena za komplet, bez



równoczesnego doprecyzowania, co się kryje w ryczałcie lub w komplecie. Bez dodatkowej wiedzy o kanałach dystrybucyjnych, podwykonawcach, dostawcach, czy też zasobach kadrowych wykonawcy nie ma możliwości odtworzenia konkretnych, stałych uwarunkowań polityki cenowej wykonawcy. Co więcej, bez szczegółowych projektów budowlanych i wykonawczych nie można ustalić cen jednostkowych, szczegółowych, a w związku z tym, że jest to inwestycja zaprojektuj i zbuduj, szczegółowe rozwiązania techniczne zostaną zaprojektowane dopiero po zawarciu umowy. W związku z tym RCO przedstawia warunki cenowe realizacji tylko tego konkretnego postępowania, do którego się odnosi. Poza tym ceny odnoszą się tylko do zagregowanych pozycji i nie można ustalić detali bez projektu wykonawczego. Nie sposób tym samym wywieść z RCO informacji na temat stałych kosztów robót w poszczególnych obszarach. W podobnym stanie faktycznym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła: (...) *gdyby poszczególne ceny jednostkowe czy częściowe, którymi wykonawcy posługują się w danym postępowaniu miały tak uniwersalny wymiar dla ich sytuacji na rynku, to w każdym postępowaniu kolejność wykonawców w rankingu ofert byłaby taka sama – a tak nie jest. Dowodzi to więc raczej faktu, że poszczególne ceny ofert w poszczególnych postępowaniach mają wymiar jednostkowy (realizujący się tylko w danym, konkretnym przetargu) i pomimo ich znajomości przez konkurentów, w następstwie ich poznania (nawet jeśli poznają cały kosztorys szczegółowy), konkurenci ci nie są – tylko na tej podstawie – w stanie wygrać kolejnego przetargu (sygn. akt KIO 242/17).*

Zdaniem Prezesa Urzędu okoliczności przedstawione w zastrzeżeniach nie dają podstaw do uznania, że RCO złożone przez Konsorcjum Budimex zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocena powyższego dokumentu, jak również wyjaśnień złożonych przez ww. konsorcjum nie pozwala na uznanie, że zawiera on informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Treść RCO nie pozwala na odtworzenie stałych uwarunkowań wykonawcy dotyczących kalkulacji robót budowlanych ani stałych i niezmiennych w różnych postępowaniach kosztów działalności wykonawcy. Ponadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wycenione RCO nie dostarcza informacji gospodarczych o działalności wykonawcy. Z tych względów ujawnienie powyższego dokumentu nie może w sposób obiektywny wpłynąć negatywnie na pozycję przedsiębiorcy na rynku, w związku z czym nie można stwierdzić, że tego typu informacje posiadają wymierną wartość gospodarczą dla wykonawcy. Na poparcie swojego stanowiska Prezes Urzędu przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: 1141/17, KIO 1202/17, w którym Izba stwierdziła, że nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny zawartych w tabeli elementów rozliczeniowych, gdyż ceny jednostkowe wykazane w TER nie przenoszą informacji, co do sposobu jej (ceny jednostkowej)

kalkulowania, wskazania uzyskania określonych rabatów, nie podają również informacji o kontrahentach, a ich ujawnienie nie umożliwi ustalenia polityki cenowej. Prezes Urzędu powołał się również na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/KU 26/1 8, w której Izba zajęła analogiczne stanowisko.

***Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:***

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne.

W uzupełnieniu tej argumentacji warto podkreślić, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia, określona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, służącą m.in. realizacji innych naczelnych zasad, takich jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jawność postępowania pozwala na weryfikację i ocenę działań podmiotów zamawiających oraz gwarantuje konkurującym z sobą wykonawcom możliwość pozyskania wiedzy niezbędnej do realnego korzystania ze środków ochrony prawnej. W związku z wagą tej zasady z punktu widzenia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia oraz uprawnień podmiotów ubiegających się o jego udzielenie, ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić jedynie wyjątkowo, wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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, przy czym wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Możliwość nieujawnienia informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy więc traktować jako sytuację wyjątkową, a podstawy do skorzystania z niej traktować zawężająco, w przeciwnym bowiem razie jawność postępowania i wynikające z niej wartości i gwarancje nie byłyby realizowane. Tym samym nie można zgodzić się z dostrzeganą m.in. w praktyce orzecniczej Izby skłonnością wykonawców, a niekiedy też zamawiających, do liberalnego traktowania

przesłanek faktycznych i prawnych warunkujących objęcie przedstawianych przez wykonawców informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Uznając możliwość odstąpienia od jawności informacji związanych z postępowaniem za wyjątek od zasady, ustawodawca zdecydował, że w odniesieniu do pewnych kategorii informacji nie istnieje możliwość zastosowania tego wyjątku. Dotyczy to określonych w art. 86 ust. 4 informacji podawanych podczas otwarcia ofert. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia, należą do nich *informacje dotyczące ceny*, co jest pojęciem o szerszym zakresie znaczeniowym, niż pojęcie ceny, zdefiniowane w art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, i – jako służące realizacji zasady jawności postępowania – nie może być interpretowane zawężająco. W związku z tym informacje bezpośrednio związane z ceną ofert i stanowiące jej uszczegółowienie należy traktować jako informacje dotyczące ceny w rozumieniu art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Nie można oczywiście wykluczyć, że 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 ustawy Pzp), mogą – przy spełnieniu pozostałych przesłanek ochrony – być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W rozpoznawanej sprawie mamy jednak do czynienia z rozbiciem ceny oferty, polegającym na przedstawieniu jej części składowych, a stopień szczegółowości tego rozbicia i zawartość poszczególnych pozycji została narzucona przez Zamawiającego. W ocenie Izby takie informacje należy uznać za podlegające ujawnieniu informacje dotyczące ceny.

Niezależnie od powyższego, Izba podziela dokonaną przez Prezesa Urzędu ocenę przedstawionego przez Konsorcjum Budimex uzasadnienia objęcia RCO tajemnicą przedsiębiorstwa. Oceniając takie uzasadnienie należy mieć na uwadze, że przepis art. 8 ust. 3 obciąża wykonawcę obowiązkiem wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek *wykazania* oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, będące zestawieniem deklaracji o wartości zastrzeganych informacji w znaczeniu określonym art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawodawca w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy

właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Konsorcjum Budimex nie wykazało (a nawet nie mogło wykazać), że rozbicie ceny ofertowej ma wartość gospodarczą i powinno pozostać niejawnie. Jak bowiem słusznie zauważył Prezes Urzędu, dokument ten obejmuje wpisane przez wykonawcę do opracowanego przez Zamawiającego wzoru ceny poszczególnych pozycji składających się na cenę oferty, nie zawiera natomiast żadnych szczegółowych informacji na temat przyjętego przez wykonawcę sposobu budowania i kalkulacji ceny, informacji mogących stanowić źródło wiedzy o strategii cenowej, czy innych informacji, które mogłyby być wykorzystane przez konkurencję w przyszłych postępowaniach. Nie sposób dopatrzeć się wśród nich żadnych, nawet pośrednich *informacji na temat organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy*, na co wskazało Konsorcjum Budimex w przedstawionym uzasadnieniu. Nie wiadomo również, jakie zasługujące na ochronę know-how możliwe jest do wyczytania z wpisanych do formularza RCO wartości. Wbrew twierdzeniom wykonawcy treść tego dokumentu nie pozwala powziąć wiedzy na temat sposobu grupowania i minimalizacji kosztów, kształtowania zysku, czy innych elementów strategii cenowej. Trudno również dopatrzeć się wskazanej przez wykonawcy możliwości zastosowania cen jednostkowych wprost w kolejnych postępowaniach. Powyższa ocena jest tym bardziej uzasadniona, że pozycje zawarte w formularzu RCO zostały określone w sposób zagregowany (niektóre pozycje dotyczą całych obiektów budowlanych) i obejmowały składniki ceny mające charakter ryczałtu lub cen za komplet, bez rozbicia na bardziej szczegółowe elementy. Istotna jest również okoliczność, że zamówienie miało formułę *zaprojektuj i wybuduj*, co oznacza, że szczegółowe rozwiązania techniczne zostaną zaprojektowane dopiero po zawarciu umowy, trudno zatem zgodzić się z tezą o możliwości wykorzystania informacji w innych postępowaniach.

Reasumując, nie ulega wątpliwości, że Konsorcjum Budimex nie wykazało w przedstawionym Zamawiającemu uzasadnieniu spełnienia przesłanek zastrzeżenia RCO jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby, wykazanie takie nie było możliwe z uwagi na charakter i zakres informacji zawartych w tym dokumencie, a dokonanie zastrzeżenia należy uznać za nadużycie przez wykonawcę instytucji mającej charakter wyjątku od zasady. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był ujawnić zastrzeżony dokument, a zaniechanie w tym zakresie było naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....