



Fundusze Europejskie
dla Dolnego Śląska

Dofinansowane przez
Unię Europejską



**DOLNY
ŚLĄSK**

Zamawiający - STAWY MILICKIE SA, Ruda Sułowska 20, 56-300 Milicz

Nazwa nadana zamówieniu Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie

Oznaczenie sprawy: PN-9/2024

Ruda Sułowska, dnia 3 grudnia 2024r.

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający: Stawy Milickie SA
Ruda Sułowska 20
56-300 Milicz
e-mail: biuro@stawymilickie.pl

Odwołujący: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych
Wojciech Ferenc z siedzibą w Ozimku, ul. Kolejowa 1-
82, 46-040 Ozimek,
e-mail: zuhm@onet.pl
zastępowany przez
r.pr. Waldemara Gumiennego z Kancelarii
GUMIENNY.eu, ul. Basztowa 8/9, 47-300 Krapkowice,
tel.: 537 998 540,
e-mail: sekretariat@gumienny.eu

Nr sprawy: PN-09/2024
NUMER OGŁOSZENIA BZP: 2024/BZP 00556004/01 z dnia 2024-10-21

**ODPOWIEDŹ
na odwołanie z dnia 25 listopada 2024r.**

Działając w imieniu Stawy Milickie S.A., na podstawie art. 521 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U.2024.1320 ze zm.), zwana dalej jako „PZP”, niniejszym wnoszę:

- odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych Wojciech Ferenc z dnia 25 listopada 2024r. (zwane dalej „Odwołaniem”), od zaniechania przez Zamawiającego czynności odtajnienia



Zamawiający - STAWY MILICKIE SA, Ruda Sułowska 20, 56-300 Milicz

Nazwa nadana zamówieniu Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie

Oznaczenie sprawy: PN-9/2024

(ujawnienia) Zadanie 1, Zadanie 2 i Zadanie 3 wyjaśnień Melbud S.A. z dnia 08 listopada 2024 r. wraz z załącznikami w zakresie ceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni”.

W związku z powyższym, wnoszę o:

1. oddalenie odwołania w całości.
2. zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Wykonawcy zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Zamawiający Stawy Milickie S.A. z siedzibą w Rudzie Sułowskiej (zwany dalej: Zamawiającym) prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu podstawowego, bez przeprowadzenia negocjacji, pn. Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie” oraz obszaru NATURA 2000” nr FEDS.02.07-IZ.00-0005/23” w tym formowanie i remont grobli, remont mnicha przepływowego i grobli oraz modernizacja przepompowni” (znak postępowania: PN-09/2024), podzielone na części:

- 1) Zadanie nr 1 – Formowanie i remont grobli na stawie Jamnik Nowy,
- 2) Zadanie nr 2 – Formowanie i remont grobli na stawie Mewi Duży,
- 3) Zadanie nr 3 – Remont mnicha przepływowego i grobli na stawach Jamnik Dziki-Jamnik Dolny,
- 4) Zadanie nr 4 – Modernizacja przepompowni.

Pismem z dnia 05 listopada 2024 r. Zamawiający wezwał jednego z wykonawców, tj. Melbud S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty odpowiednio dla Zadania nr 1, 2 i 3. Pismem z dnia 08 listopada 2024 r. (znak: EB-212/2024; EB-213/2024; EB- 214/2024) Melbud S.A. złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, zastrzegając w każdym z nich, jako tajemnicę przedsiębiorstwa część III przedmiotowych wyjaśnień wraz z załącznikami.

W powoływanych wyjaśnieniach Melbud S.A. w sposób skuteczny wniósł o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, która łącznie spełniła następujące przesłanki:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny,
- b) informacja ta posiada wartość gospodarczą,



- c) informacja ta jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla tych osób,
- d) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W pierwszej kolejności, Wykonawca Melbud S.A. zastrzegł, że dowody – załączniki do wyjaśnień powołane w każdej z części wyjaśnień i przekazane przez Melbud S.A. Zamawiającemu za pośrednictwem platformy zakupowej w oddzielnym folderze „Tajemnica przedsiębiorstwa” stanowią informacje wrażliwe Melbud S.A., wchodzące w skład tajemnicy jego przedsiębiorstwa, dlatego Melbud S.A. wniósł o ich nie ujawnianie osobom trzecim, w tym szczególnie pozostałym oferentom. Informacje te mają charakter organizacyjny i techniczny, posiadają istotną wartość gospodarczą, a Melbud S.A. nie udostępnia tych informacji szerszemu gronu osób oraz podejmuje wzmożone środki w celu utrzymania ich poufności.

Zamawiający utajnił z pisma z 8 listopada 2024r. część III przedmiotowych wyjaśnień wraz z załącznikami.

Od ww. czynności odwołanie wniósł Odwołujący, kwestionując ustalenia i działania w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, z czym Zamawiający nie zgadza się, co wykazuje poniżej (w odniesieniu do wszystkich Zadań, tj. Zadania nr 1, Zadania nr 2 oraz Zadania nr 3).

- W pierwszej kolejności należy wskazać, iż *Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o uzasadnienie i dowody przedstawione przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest rolą Zamawiającego zastępowanie wykonawcy w wykazywaniu zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2023 r. KIO 1177/23). W opinii Zamawiającego, Wykonawca Melbud S.A. przedłożył wystarczającą dokumentację oraz uzasadnienie, które wskazywały na fakt, iż informacje wnioskowane do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, taką tajemnicę stanowią. Zamawiający dokonując indywidualnej oraz rzeczowej oceny ww. okoliczności, a także ustawowych przesłanek, umożliwiających objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa (zgodnie z wnioskiem Wykonawcy Melbud S.A.) podjął decyzję o utajnieniu ww. kwestii, ze względu na ich specyficzny – wrażliwy i istotny charakter. Powyższe działania nie stanowiły naruszenia zasad jawności postępowania, a samo zastrzeżenie nie nadwyrężyło kwestii zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa, ani też skorelowanego z tym ew. odtajnienia tych informacji. W tym miejscu warto nadmienić, iż *nie jest rolą zamawiającego ocena charakteru zastrzeganych przez wykonawców wyjaśnień, ale rolą zamawiającego jest zbadanie czy uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuje, że wykonawca prawidłowo zastrzegł swoje informacje. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r. KIO 1013/23). W ocenie Zamawiającego, dokonał on prawidłowego (indywidualnie, zgodnie z obowiązującymi przepisami) zbadania ww. zastrzeżenia i ocenił je pozytywnie – utajniając te informacje, które**



w jego opinii stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej w tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający nie jest zatem uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do dociekania w ramach wezwań kierowanych do wykonawcy czy zastrzeżone informacje istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Badanie tej okoliczności powinno odbywać się na podstawie danych przekazanych przez wykonawcę wraz z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2023 r. KIO 567/23). Działania takie Zamawiający niewątpliwie wykonał i w konsekwencji uznał za skuteczne i uzasadnione zastrzeżenie tajemnicy przez Wykonawcę. Gdyby dokonana przez Zamawiającego analiza i ocena zgłoszonych przez Wykonawcę danych była odmienna, niewątpliwie dokonałby odtajnienia informacji (lub też ich części), które w jego opinii nie stanowią takiej tajemnicy.

- Zamawiający oczywiście, zgadza się z podnoszonym przez Wykonawcę w pkt 10 Odwołania twierdzeniem, iż „samo obiektywne przekonanie Wykonawcy, iż przedstawianie przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarcza do uznania, że tak faktycznie jest.” Dlatego też, Ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek (a nie uprawnienie, jak to wskazuje także sam Wykonawca w pkt 10 Odwołania), tej weryfikacji, którą Zamawiający skutecznie i prawidłowo przeprowadził. Natomiast nie jest już rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2023 r. KIO 374/23). W przedmiotowej sprawie Zamawiający należycie przeprowadził taką weryfikację.
- W pkt 11 i 12 Odwołania, Odwołujący przytacza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując (oraz przywołując oczywiście zasadne orzeczenia KIO), iż „niewystarczającym jest wskazanie, że dane informacje mają charakter niejawni: „Ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wykazał”, co z całą pewnością nie oznacza wyłącznie „oświadczenia”, czy „deklarowania”, ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia”, niejako przecząc wcześniejszym tezom zawartym w Odwołaniu, zgodnie z którymi, wszelkie kwestie dotyczące utajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa należy oceniać indywidualnie, rozpatrując wszystkie aspekty konkretnych informacji mających zostać utajnione. W tej sprawie doszło do takiego indywidualnego ocenienia i weryfikacji. Co więcej, w opozycji do ww. tezy należy wskazać (wbrew przywoływanemu stanowisku), iż pojęcie „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 p.z.p., nie wyklucza możliwości przyjęcia oświadczeń złożonych przez wykonawcę. (...) W szczególności z uwagi na to, że kalkulacja cenowa zawiera jednostkowe szczegółowe dane finansowe odnośnie kosztów ponoszonych przez wykonawcę, wskazywany jest tam zysk (wynik ze sprzedaży) określony dla każdego elementu składającego się na przedmiot zamówienia, jak i w odniesieniu do całego kontraktu, marża dla każdego elementu, marża średnia itp., informacje takie mogą być skutecznie chronione przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2023 r. KIO 1098/23). W przedmiotowym postępowaniu żadne okoliczności (poza ogólnymi stwierdzeniami)



podważające wiarygodność złożonych przez Melbud S.A. oświadczeń (czy też informacji) nie zostały przez Odwołującego przedstawione, zatem brak jest okoliczności, mających na celu, przyjęcie z aprobatą stanowiska Odwołującego.

W związku z powyższym, dokonując swoistej subsumpcji stanu faktycznego pod normę prawną zawartą w art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy wskazać (w opozycji do stanowiska przedstawionego w Odwołaniu):

a) Charakter zastrzeżonych informacji

W opinii Zamawiającego, analizując przedmiotową przesłankę, należy rozpatryć kwestię w sposób szerszy, umożliwiając zestawienie podnoszonych (utajnianych) okoliczności z charakterem sytuacji gospodarczej, wskaźników makroekonomicznych czy też funkcjonowania rynku. W pierwszej kolejności warto nadmienić, iż wykonawcy *działają na wspólnym rynku, konkurując w przetargach publicznych, a zatem znajomość założeń, które co do zasady nie są prezentowane w ofertach, może istotnie wpływać na sytuację nie tylko w obecnym, ale także przyszłych przetargach. Wykonawcy, niezależnie od kosztów, podejmują często kroki prawne tak w celu ochrony własnej tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i uzyskania dostępu do informacji zastrzeganych przez konkurencję, co wskazuje dodatkowo na rzeczywiste, gospodarcze znaczenie tych informacji. Nawet, jeżeli informacje nie prezentują szczegółów, to wiedza co do założeń, jakie determinują kalkulację kosztów, pozwala poznać strategię i wykorzystać w walce konkurencyjnej, czego nie można wyłącznie oceniać przez pryzmat złożonej ofert (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2023 r. KIO 2076/23).*

Natomiast w dalszej kolejności należy wskazać, iż Ustawodawca nie wskazuje wprost co faktycznie oznacza sformułowanie "wartość gospodarcza", ani nie określa w żaden sposób, jak należy ową wartość gospodarczą ustalić. *Uznać należy, że taką informacją będzie taka, która w jakiś sposób wpływa na wartość danego przedsiębiorstwa na rynku. Może być to informacja pomagająca generować zyski lub zaoszczędzić pieniądze. Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie, lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. To siła zespołu ekspertów, ich wiedza i doświadczenie decydują o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy w branży.* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2023 r. KIO 1044/23). Istotne jest, iż wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji jest możliwość korzystania z wypracowanych doświadczeniem zasobów podmiotu, które przekładają się na osiągnięty zysk. Zauważyć należy, że poznanie strategii budowania ceny i zespołu osób przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej. Taka sytuacja w opinii Zamawiającego (po weryfikacji informacji przekazanych przez Melbud S.A.) miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

Co więcej, wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji jest możliwość korzystania z wypracowanych doświadczeniem zasobów podmiotu, które przekładają się na osiągnięty zysk. Dodatkowo



same wyjaśnienia cenowe wskazują na poziom stosowanej marży, który uważany jest za mogący stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2023 r. KIO 448/23). Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należy wskazać, że informacje przekazywane przez Melbud S.A. Zamawiającemu (co zostało poddane ocenie Zamawiającego) mają charakter organizacyjny oraz – przynajmniej częściowo - techniczny i technologiczny. Składają się na nie bowiem informacje dotyczące: sposobu przygotowania się Melbud S.A. do realizacji zamówienia; zasobów będących w posiadaniu Melbud S.A. oraz które ta spółka uzyskuje od podmiotów zewnętrznych, a także warunków na jakich współpracuje Melbud S.A. z podwykonawcami, dostawcami, usługodawcami. Wszystkie te informacje stanowią wynik doświadczenia w realizacji kontraktów, jego know-how co do procesu pozyskiwania i wykonywania zamówień oraz takiego zorganizowania tego procesu, aby osiągnąć konkurencyjną cenę przy zmaksymalizowaniu zysków, zachowaniu wymogów jakościowych oraz zminimalizowaniu potencjalnych ryzyk. Ww. zasób pozwala Melbud S.A. zaoferować atrakcyjne ceny wykonywanych usług czy robót. Zarówno Melbud S.A. nie ma dostępu do takiego usystematyzowanego zbioru informacji co do pozostałych oferentów, jak i konkurenci Melbud S.A. nie mają wiedzy całościowej na temat tych informacji organizacyjnych, technicznych i technologicznych Wykonawcy, przez co wiadomości te stanowią stricte, informacje, które pod kątem gospodarczym są niezmiernie ważne dla każdego przedsiębiorcy i umożliwiają konkurencyjność na rynku świadczonych usług.

b) Wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji

W uzasadnieniu przedmiotowej przesłanki Odwołujący wskazuje, iż *tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny także stanowić informacje co do sposobu kalkulacji cen*. W opinii Zamawiającego podejście to jest zbyt ogólny i oderwane od oceny indywidualnego badania każdego wniosku o objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przekazanych danych. Tak jak wykazano w ppkt a) poznanie strategii budowania ceny i zespołu osób przez firmy funkcjonujące w tym samym sektorze może spowodować utratę korzyści w postaci przyszłych kontraktów, co przełoży się na całokształt działalności biznesowej, a dodatkowo już *same wyjaśnienia cenowe wskazują na poziom stosowanej marży, który uważany jest za mogący stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa*. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 marca 2023 r. KIO 448/23). Warto w tym miejscu, a contrario rozpatrzyć stanowisko KIO w uzasadnieniu Wyroku z dnia 15 maja 2023 r. (KIO 1195/23), zgodnie z którym *poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają*. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. *To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy*. W przedmiotowym postępowaniu problemem w zakresie ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest oczywiście sama cena, a elementy składające się na sposób jej ustalenia i zawartej w nim marży. Cena za realizację zamówienia to istotny czynnik oferty, naturalny element, którym konkurują wykonawcy. Istotne są zatem



czynniki mogące mieć wpływ na jej obniżenie, nie zaś sama kwota, która może być nieosiągalna dla konkurenta, jeśli nie posiada on rozwiązań pozwalających na obniżenie ceny. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r. KIO 808/23). W Wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 roku (sygn. akt. XIX Ga 167/07), wskazano, że „mając na uwadze treść wskazanych przepisów oraz art. 11 ust. 4 ustawy (...) o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy uznał, iż zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 listopada 2013 roku (sygn. akt KIO 2602/13), wskazała, iż „poznanie przez konkurencję sposobu kalkulacji oraz wartości kosztów poszczególnych robót branżowych (pkt F), przyjętych do kalkulacji ceny oferty, zaoferowanych w oparciu o oferty podwykonawców, współpracujących z firmą (...) od wielu lat narażałoby wykonawcę (...) na ujawnienie informacji dotyczących stawek i cen oferowanych przez podwykonawców (de facto w opinii Zamawiającego, odtajniając przedmiotowe informacje, mógłby się on narazić na ew. dalsze reperkusje prawne ze strony nie tylko Melbud S.A., ale także i jego podwykonawców, którzy w sposób bezsprzeczny wnieśli o zastrzeżenie przedmiotowych informacji).. W robotach wycenionych „w siłach własnych” - podane wartości kwotowe umożliwiają pozyskanie przez konkurencję istotnych danych dotyczących sposobu kalkulacji przyjętego przez wykonawcę w tym zakresie. Utrata tych informacji przez przedsiębiorstwo może skutkować konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji danego wykonawcy na rynku (...) kalkulacje ceny oferty są każdorazowo przygotowywane indywidualnie dla każdego zamówienia, z uwzględnieniem jego specyficznych warunków. Powyższe oznacza zatem, że każdy taki projekt wymaga przygotowania odrębnej koncepcji realizacji robót, szczegółowej analizy warunków realizacji oraz w związku z tym przyjęcia odpowiedniej strategii kalkulacji ceny oferty. Prace te opierają się bez wątpienia na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy, potencjale technicznym i osobowym, kontaktach handlowych itp. Sposób kalkulacji ceny odzwierciedla więc de facto konkretne „zasoby” przedsiębiorcy, dzięki którym ugruntowana jest jego pozycja na rynku”. Odnosząc ww. do realiów sprawy, nie ulega wątpliwości, że rzeczony informacje stanowią istotną wartość gospodarczą i jednocześnie cenne źródło informacji dla konkurentów, co czyni ich ochronę przez bezprawnym ujawnieniem w pełni zasadną. Ekonomiczna wartość zastrzeżonych informacji wynika z faktu, iż takie elementy jak metoda kalkulacji ceny, sposób organizacji procesu budowy, zakres i warunki współpracy zaangażowanych zasobów, przekładają się bezpośrednio na konkurencyjność ofert, a co za tym idzie możliwość pozyskiwania zamówień. Ujawnienie tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami, pozwalając konkurentom na skuteczniejszą rywalizację z Melbud S.A. w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez zachowania równych zasad tej rywalizacji. W tym stanie rzeczy, metodologia realizacji zamówienia za pomocą konkretnych podwykonawców oferujących Melbud S.A. atrakcyjne ceny stanowi zbiór jego wiedzy, doświadczenia i know-



how, które zgromadził w wyniku rozpoznania rynku i realizacji kontraktów. Analiza ww. okoliczności przez podmioty konkurujące z Melbud S.A., pozwoli im uzyskać informacje o wypracowanych przez Melbud S.A. metodach minimalizacji kosztów wykonania zamówienia, co spowoduje zniwelowanie przewagi konkurencyjnej Melbud S.A. w następnych postępowaniach, w których spółka może brać udział. Odwołujący się wskazuje (odnosząc się do stanowiska Melbud S.A.), iż informacje wskazywane przez Melbud S.A. mają charakter bardzo ogólnikowy, chociażby przez wskazanie, iż „straty te trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość”. Jednakże w opinii Zamawiającego, zapis ten jest adekwatny do stanowiska wskazanego przez Melbud S.A. w wyjaśnieniach – dotyczy bowiem informacji o możliwości startowania w przyszłych przetargach, nieznanymi na dzień przedmiotowego postępowania, przez co niemożliwe jest określenie ich wartości, a w konsekwencji ew. straty Melbud S.A., która, jednakże niewątpliwie w takiej sytuacji może wystąpić. Niewątpliwie mamy tu do czynienia z „realną wartością gospodarczą”, co na tym etapie w opinii Zamawiającego nie powinno być mylone z ew. możliwością wystąpienia szkody. W wyroku z dnia 11 grudnia 2018 r., I OSK 2906/16 Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorcy musi mieć – w świetle art. 5 ust. 2 u.d.p. w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. – faktyczną, realną wartość gospodarczą, jednak niekonieczne jest wykazanie, że jej udostępnienie prowadziło do konkretnej szkody w interesach przedsiębiorcy. Co więcej, sam Melbud S.A. wskazał, iż straty z tym związane trudno oszacować na obecnym etapie podając konkretną wartość, niemniej oczywistym pozostaje – w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego – że w sytuacji utraty możliwości uzyskania kolejnych zamówień, straty te wystąpią. Uwzględniając nawet minimalny zysk generowany przez Wykonawcę na kolejnych kontraktach, mogą sięgnąć nawet milionów złotych. Z tego względu informacje te należy uznać za posiadające wartość gospodarczą Wykonawcy i jako takie, za niepodlegające ujawnieniu. Opierając uzasadnienie na tezie powoływanej przez Odwołującego (w opinii Zamawiającego wadliwej), w zakresie „realnej wartości gospodarczej”, w kontekście jakiegokolwiek podmiotu operującego wyłącznie, bądź też głównie na kontraktach z zamówień publicznych, należy stwierdzić, iż takiej realnej wartości gospodarczej, nigdy nie będzie można przedstawić.

c) Nieupublicznienie zastrzeżonych informacji

Ponadto, odnosząc się do kolejnej przesłanki, należy podkreślić, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach nie są informacjami powszechnie dostępnymi. Zgodnie z otrzymanymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami Melbud S.A. podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy, między innymi poprzez ograniczenie liczby pracowników Melbud S.A. mających dostęp do tych danych, zabezpieczenie ich przed trafieniem w niepowołane ręce, stosowanie zabezpieczeń informatycznych w magazynowaniu informacji. Mowa tu o ograniczeniach organizacyjnych związanych z przepływem danych polegających m. in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerach itp. Pracownicy Melbud S.A., biorący udział w



przygotowaniu oferty do przedmiotowego zamówienia, zostali zobowiązani do zachowania wszelkich informacji w poufności. Podobnie dostawcy, usługodawcy i podwykonawcy zachowują w tajemnicy warunki współpracy z ww. spółką. Melbud S.A. wskazał, iż informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a te rozwiązania organizacyjne są znane jedynie ograniczonemu kręgowi osób, tj. organom zarządzającym oraz upoważnionym podmiotom lub pracownikom – zobowiązanym do zachowania poufności. Jednocześnie należy wskazać, że okoliczność, że o danych informacjach wie jedynie ograniczone grono osób, zobowiązanych do zachowania poufności tych informacji (jak pracownicy, konsultanci lub prawnicy), nie oznacza oczywiście, że informacje te tracą poprzez to walor informacji poufnych, zwłaszcza że podmioty te są prawnie zobowiązane do zachowania poufności przedsiębiorstwa. W szczególności Melbud S.A. zaznaczył, że informacji w części oznaczonej jako tajemnica przedsiębiorstwa nie można odnaleźć w przestrzeni publicznej, nie została ujawniona w Internecie, w żadnych wykazach lub rejestrach publicznych.

d) Podjęcie stosownych działań w celu zachowania tajemnicy zastrzeżonych informacji

W odniesieniu do ostatniej przesłanki, Melbud S.A. wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności opisanych wyżej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Melbud S.A. wskazał, iż posiada ustalone procedury w postaci polityki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przed ich ujawnieniem do wiadomości osób trzecich. Obowiązek zachowania określonych informacji w poufności dotyczy wszystkich pracowników i inne osoby, którym informacje te są udostępniane w zastrzeżeniu poufności. Ponadto Melbud S.A. wskazał, iż posiada wdrożony adekwatny system ochrony danych we wszystkich obszarach prowadzonego biznesu w celu ochrony swojej własności materialnej, intelektualnej, technicznej, przemysłowej, doświadczenia, know-how itp. Przedstawione przez Melbud S.A. oferty podwykonawców stanowiły informacje poufne skierowane wyłącznie do tej spółki. Oferenci Melbud S.A. zastrzegali, że nie wyrażają zgody na udostępnianie tych informacji podmiotom trzecim, co zachowuje aktualność szczególnie co do pozostałych Wykonawców w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Jeśli bowiem dany podwykonawca, dostawca lub usługodawca, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności współpracy z wykonawcą, zaoferował dla wykonawcy lepszą cenę niż dla pozostałych oferentów, ujawnienie tych informacji mogłoby skutkować negatywnie dla tego podwykonawcy. Te informacje stanowią tajemnice, do których zachowania zobowiązaliśmy się względem kontrahentów Melbud S.A. Jednocześnie Melbud S.A. wskazał, iż powyższe okoliczności jednoznacznie przesądzają, że występują podstawy do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zakazania obejmowania ich jawnością postępowania. W tym miejscu należy wskazać, iż aby dana informacja mogła być uznana za skutecznie zastrzeżoną musi wiązać się z wykazaniem, co grozi za jej ujawnienie. *Tym zagrożeniem może być utrata dotychczasowego kontrahenta powodująca, że niemożliwe będzie uzyskanie danego świadczenia na*



Zamawiający - STAWY MILICKIE SA, Ruda Sułowska 20, 56-300 Milicz

Nazwa nadana zamówieniu Roboty budowlane związane z realizacją umowy o dofinansowanie pn. „Zachowanie bioróżnorodności obszarów chronionych rezerwatu przyrody „Stawy Milickie

Oznaczenie sprawy: PN-9/2024

dotychczasowych warunkach, a pozyskanie nowego wiąże się z wydatkami na jego poszukiwanie, czy pozyskaniem mniej atrakcyjnych warunków świadczenia, np. dłużej, drożej, z krótszą gwarancją, większym ryzykiem niepowodzenia. Są to zagrożenia możliwe do estymacji i przedstawienia jako ryzyko utraty wartości gospodarczej informacji. Ujawnienie informacji może wiązać się z utratą renomy, zaufania do firmy, dobrego imienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r. KIO 1013/23).

Podsumowując ww. rozważania, należy wskazać, iż do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niezbędne jest złożenie konkretnych wyjaśnień o zindywidualizowanym charakterze, wykazujących zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 2 u.z.n.k. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2022 r. KIO 674/22). W opinii Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie doszło do skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicą przedsiębiorstwa – na podstawie wyjaśnień z 8 listopada 2024r.

Niezależnie od ww. wyjaśnień, należy wskazać, iż Odwołujący kilkakrotnie podnosi okoliczności dot. zbyt ogólnego wyjaśnienia stanowiska przez Melbud S.A. oraz ogólnego podejścia do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy przez Zamawiającego (wskazując na brak indywidualnego podejścia), na tyle ogólnego, że uzasadnienie przesłanek (tak istotnych w kontekście podnoszonych okoliczności, na co wskazuje także sam Odwołujący), że na ich uzasadnienie (i wykazanie) Odwołujący potrzebował literalnie po dwa zdania (pkt a) – str 9 oraz pkt c) – str. 10). Jest to oczywiście istotne w kontekście ww. rozważań, gdyż to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy. Zgodnie z orzeczeniem KIO **Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie.**

W opinii Zamawiającego Odwołujący nie dźwignął ciężaru dowodowego w przedmiotowej sprawie, dlatego winno dojść do oddalenia jego odwołania,

Piotr Połulich

Prezes Zarządu Stawy Milickie S.A.