

WYROK

z dnia 21 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę TRASAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy ZDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.) przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i nakazuje zamawiającemu - Województwu Podkarpackiemu - Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny i dołączonych do nich dokumentów złożonych przez ZDI Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Zamościu i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala,
3. **kosztami postępowania obciąża Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie i**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę TRASAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Województwa Podkarpackiego - Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie na rzecz TRASAL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Uzasadnienie

Zamawiający - Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej oraz innej wraz z uzyskaniem decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej dla zadania polegającego na rozbudowie i budowie drogi wojewódzkiej nr 872 na odcinku od skrzyżowania z drogą krajową nr 9 w Nowej Dębie do miejscowości Nisko wraz z niezbędną infrastrukturą, budowlami i urządzeniami budowlanymi znak postępowania.

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

W dniu 20 sierpnia 2020 roku wykonawca TRASAL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZDI Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu (dalej także: przystępujący),
- b) zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p.;
- c) zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.;
- d) zaniechaniu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania;
- e) zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż treść oferty przystępującego nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) i zawierała błędy w obliczeniu ceny,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1010), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom z uwagi na przyjęcie przez przystępującego konstrukcji wyceny wykonania otworów badawczych drogowych i otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich umożliwiającą w istocie prowadzenie negocjacji co do treści oferty, co w konsekwencji stawiało ofertę przystępującego w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców,
- c) art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, mimo, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o:

- 1. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia przystępującego oraz nakazanie zamawiającemu wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie:

- nakazanie odrzucenia przystępującego
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (ponownego badania i oceny ofert);
- 3. nakazanie zamawiającemu uznania czynności zastrzeżenia dokonane przez przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako zastrzeżenia bezskutecznego niespełniającego wymogów określonych art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz odtajnienia tej części dokumentacji postępowania i udostępnienia jej odwołującemu;
- 4. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (o ile zostanie w sprawie ustanowiony) według faktury oraz kosztów dojazdu (według potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy).

Odwołujący podniósł, że jego oferta nie została odrzucona z przedmiotowego postępowania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego. Oferta odwołującego, według kryteriów wyboru określonych przez zamawiającego w s.i.w.z., otrzymała drugą w kolejności ilość punktów (była druga po ofercie przystępującego). Gdyby przystępujący dokonał czynności w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z ustawą P.z.p. i odrzucił ofertę przystępującego, z powodu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p., to odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, bowiem oferta odwołującego jako druga w kolejności jest ofertą najkorzystniejszą. Szkodą, jaką odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo iż odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 10 sierpnia 2020 r. zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał ofertę przystępującego. O powyższym odwołujący został poinformowany za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 10 sierpnia 2020 r.

W ocenie odwołującego wybór oferty przystępującego był nieuzasadniony z następujących względów:

Uzasadnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 1 6 Ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia był realizowany zgodnie z ofertą i s.i.w.z., w szczególności:

a) Tabelą opracowań projektowych;

b) Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia;

c) Istotnymi postanowieniami umowy.

Według postanowień s.i.w.z. (rozdział 1 pkt 10.5) wśród dokumentów, które zamawiający wymagał, aby zostały dołączone do oferty znajdowała się Tabela opracowań projektowych — Rozdział III s.i.w.z. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zadanie zostało podzielone na 3 etapy (odcinki). Oddzielnie dla każdego z etapów należy opracować dokumentację projektową. Zatem wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia trzech Tabel Opracowań Projektowych.

Odwołujący wskazał, że każda z Tabel sporządzonych przez przystępującego zawiera błąd w obliczeniu pozycji netto (zł) w zakresie dotyczącym pozycji Dokumentacja badań podłoża gruntowego wraz z opinią geotechniczną (część I, pozycja nr 3, lit. A) oraz Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna) [część I, pozycja nr 3 lit. D].

Tabela opracowań projektowych (TOP) 1/3

Odwołujący wskazał, że w pozycji „Dokumentacja badań podłoża gruntowego wraz z opinią geotechniczną” (TOP 1/3 część II pozycja nr 3, lit. A) wykonawca określił wartość pozycji netto na kwotę 25 900,00 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należało wycenić wykonanie otworów badawczych drogowych w ilości 87 szt., zaś tabela Prac związanych 1/3 przewiduje dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych drogowych o głębokości min. 1m (otwory wykonywane na krawędzi drogi). Szacowana ilość otworów wynosi 58 szt. jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu w wysokości 7 000,00 zł, a dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych drogowych o głębokości min. 3m (otwory wykonywane w osi drogi). Szacowana ilość otworów wynosi 29 szt. jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu w wysokości 12 900,00 zł.

Prosty rachunek matematyczny pozwala przyjąć, że wartość pozycji TOP 1/3 część I, pozycja nr 3, lit. A netto w tym zakresie powinna wynosić min.: $7\ 000,00\ \text{zł} \times 58\ \text{szt.} + 12\ 900,00\ \text{zł} \times 29\ \text{szt.} = 780\ 100,00\ \text{zł}$

Odwołujący wskazał, że w pozycji „Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna)” (TOP 1/3 część I, pozycja nr 3 lit. D) przystępujący określił wartość pozycji netto na kwotę 21 200,00 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należy wycenić wykonanie otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich w ilości 14 szt. dla przepustów, zaś tabela Prac związanych 1/3 dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich (14 szt. dla przepustów) przewiduje jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu w wysokości 15 200,00 zł.

Prosty rachunek matematyczny pozwala stwierdzić, że wartość pozycji TOP 1/3 część I, pozycja nr 3, lit. D netto w tym zakresie powinna wynosić: $15\ 200\ \text{zł} \times 14\ \text{szt.} = 212\ 800,00\ \text{zł}$

Tabela opracowań projektowych (TOP) 213

Odwołujący wskazał, że w pozycji „Dokumentacja badań podłoża gruntowego wraz z opinią geotechniczną” (TOP 213 część I, pozycja nr 3, lit. A) przystępujący określił wartość pozycji netto na kwotę 68 100,00 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należy wycenić wykonanie otworów badawczych drogowych w ilości 306 szt., zaś według tabeli Prac związanych 2/3 dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych drogowych o głębokości min. 1m (otwory wykonywane na krawędzi drogi). Szacowana ilość otworów wynosi 204 szt. jednostkowa cena ofertowa netto za wykonanie jednego otworu opiewa na kwotę 24 500,00 zł, a dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych drogowych o głębokości min. 3m (otwory wykonywane w osi drogi). Szacowana ilość otworów wynosi 102 szt. jednostkowa cena ofertowa netto za wykonanie jednego otworu opiewa na kwotę 37 600,00 zł.

Prosty rachunek matematyczny wskazuje, że wartość pozycji TOP 213 część I, pozycja nr 3, lit. A netto w tym zakresie powinna

wynosić:

$24\,500,00\text{ zł} \times 204\text{ szt.} + 37\,600,00\text{ zł} \times 102\text{ szt.} = 8\,833\,200,00\text{ zł}$

Odwolujący wskazał, że w pozycji „Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna)” (TOP 213 część I, pozycja nr 3 lit. D) przystępujący określił wartość pozycji netto na kwotę 28 600,00 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należy wycenić wykonanie otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich w ilości: 4 szt. dla mostu i 34 szt. dla przepustów, zaś tabela Prac związanych 2/3 dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych dla obiektów mostowych (4 szt. dla mostów) przewiduje jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu w wysokości 2 400,00 zł, a dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych dla przepustów (34 szt. dla przepustów) jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu w wysokości 20 200,00 zł.

Prosty rachunek matematyczny wskazuje, że wartość pozycji TOP 213 część I, pozycja nr 3, lit. D netto w tym zakresie powinna wynosić: $2\,400,00\text{ zł} \times 4\text{ szt.} + 20\,200,00\text{ zł} \times 34\text{ szt.} = 696\,400,00\text{ zł}$

Tabela opracowań projektowych (TOP) 313

Odwolujący stwierdził, że w pozycji „Dokumentacja badań podłoża gruntowego wraz z opinią geotechniczną” (TOP 3/3 część I, pozycja nr 3, lit. A) przystępujący określił wartość pozycji netto na kwotę 16 255,54 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należy wycenić wykonanie otworów badawczych drogowych w ilości 15 szt., zaś zgodnie z tabelą Prac związanych 3/3 dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych drogowych jednostkowa cena ofertowa netto za wykonanie jednego otworu opiewa na kwotę 10 255,54 zł

Prosty rachunek matematyczny wskazuje, że wartość pozycji TOP 313 część I, pozycja nr 3, lit. A netto w tym zakresie powinna wynosić: $10\,255,54\text{ zł} \times 15\text{ szt.} = 153\,833,10\text{ zł}$

Odwolujący wskazał, że w pozycji „Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna jeżeli będzie konieczna)” (TOP 3/3 część I, pozycja nr 3 lit. D) przystępujący określił wartość pozycji netto na kwotę 17 900,00 zł, podczas gdy — zgodnie z opisem zawartym w Uwagach pod tabelą — w przedmiotowej pozycji należy wycenić wykonanie otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich w ilości 8 szt. dla przepustów, ewentualnych przejść ekologicznych, zaś według tabeli Prac związanych 3/3 dla pozycji Wykonanie otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich jednostkowa cena ofertowa netto za wykonanie jednego otworu opiewa na kwotę 1 1 900,00 zł.

Prosty rachunek matematyczny wskazuje, że wartość pozycji TOP 313 część I, pozycja nr 3, lit. D netto w tym zakresie powinna wynosić: $11\,900,00\text{ zł} \times 8\text{ szt.} = 95\,200,00\text{ zł}$

Odwolujący zauważył, że w realiach przedmiotowej sprawy należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z rozdziałem IV s.i.w.z. - Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia pkt. 4.3,

„Zamawiający wstępnie zakłada, iż dla potrzeb wykonania opracowań geotechnicznych i geologicznych dla całego zakresu zadania konieczne będzie wykonanie:

otworów geotechnicznych drogowych otworów geotechnicznych dla obiektów inżynierskich, tj. dla mostu i dla przepustów, w ilościach określonych w TOP.

Ostateczna ilość otworów geologicznych oraz ostateczny koszt wykonania opracowań geotechnicznych i geologicznych (wskazanych w Tabeli Opracowań Projektowych) zostanie ustalony na podstawie wyceny wskazanej w tabeli "Prac związanych" w zależności od faktycznej ilości otworów geologicznych, których wykonanie będzie niezbędne do prawidłowego zaprojektowania obiektów budowlanych, określonej w trakcie prac projektowych w uzgodnieniu z Zamawiającym".

Odwolujący zaznaczył, że stosownie do postanowień rozdziału V s.i.w.z. - Istotne Postanowienia Umowy, podkreślana jest waga i znaczenie cen jednostkowych określonych w Tabeli Opracowań Projektowych w kontekście rozliczenia umowy na realizację przedmiotowego zadania publicznego. Według bowiem § 13 ust. 4, jeżeli prace projektowe związane z Poleceniem Zmiany, odpowiadają opisowi jakiegokolwiek pozycji w Tabeli Opracowań Projektowych (TOP) zawierającej cenę jednostkową to cena ta będzie używana do wyliczenia wysokości wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z § 13 ust. 11, w przypadku konieczności zwiększenia ilości badań geologicznych (otworów geologicznych drogowych, otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich) wynagrodzenie umowne zostanie powiększone o wartość wynikającą z ilości wykonanych badań (ponad ilości wskazane w TOP) oraz cen jednostkowych określonych w TOP w tabeli „Prace Związane”.

W ocenie odwołującego, w kontekście wskazanych powyżej okoliczności nie powinno budzić wątpliwości, iż treść oferty przystępującego jest niezgodna z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ofercie przystępującego występuje bowiem błąd w obliczeniu ceny, niezgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a zatem oferta została nieprawidłowo sporządzona w odniesieniu do wymagań zawartych w s.i.w.z.. Odwołujący zauważył, że dla wyszczególnionych pozycji w Tabelach Opracowań Projektowych trudno w sposób jednoznaczny ustalić zarówno wartość netto, jak i jednostkową cenę ofertową netto za wykonanie jednego otworu geologicznego. Wymaga zaakcentowania, iż wartość netto dla wyszczególnionych pozycji w każdej Tabeli Opracowań Projektowych (TOP 1/3, TOP 2/3, TOP 3/3) z pewnością nie stanowi iloczynu ceny netto za wykonanie jednego otworu i założonej przez zamawiającego ilości otworów geologicznych. W konsekwencji trudno określić, w jaki sposób przystępujący skalkulował wartość netto dla kwestionowanych pozycji w Tabelach Opracowań Projektowych.

Odwołujący wskazał, że przystępujący nie uwzględnił uwag zamawiającego zawartych pod poszczególnymi Tabelami Opracowań Projektowych, co do sposobu wyceny wykonania otworów badawczych drogowych i otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich. Ponadto wydaje się, iż przystępujący nie dostrzega zapisów s.i.w.z. w zakresie Istotnych Postanowień Umowy co do tego, że ostateczna ilość otworów geologicznych oraz ostateczny koszt wykonania opracowań geotechnicznych i geologicznych (wskazanych w Tabeli Opracowań Projektowych) zostanie ustalony na podstawie wyceny wskazanej w tabeli "Prac związanych" w zależności od faktycznej ilości otworów geologicznych.

W ocenie odwołującego, dokonanie przez przystępującego wyceny realizacji przedmiotowych otworów, zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. skutkować powinno sklasyfikowaniem oferty przystępującego na dalszej pozycji w rankingu ofert, zatem jego oferta nie mogłaby zostać uznana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, zamawiający odmówił odtajnienia wnioskowanych przez odwołującego dokumentów, tj. wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, uniemożliwiając odwołującemu weryfikację sposobu obliczenia wartości netto dla poszczególnych pozycji w Tabelach Opracowań Projektowych i ceny jednostkowej wykonania otworu.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją przyjęcia niewłaściwego zakresu przedmiotu zamówienia jest błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

Odwołujący zwrócił uwagę na rozbieżność pomiędzy treścią oferty i JEDZ przystępującego a wyjaśnieniami w sprawie rażąco niskiej ceny w kwestii podwykonawstwa, w kontekście wymagań s.i.w.z. w tym zakresie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami s.i.w.z. — rozdział I, Instrukcja dla Wykonawców, pkt 3.12., zamawiający dopuszcza podwykonawstwo. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W przypadku powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie („Formularzu Oferty”) części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, oraz podania przez Wykonawcę nazw (firm) podwykonawców.

Odwołujący podniósł, iż przypadku oferty przystępującego doszło do istotnej niezgodności, gdyż w ofercie i JEDZ przystępujący wskazywał na wykonanie zadania siłami własnymi bez udziału podwykonawców, natomiast z wezwania zamawiającego z dnia 18.06.2020 r., znak PZDW/WZP/243/WFU/2/2020 wynika, że na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny przystępujący przedłożył oferty od podwykonawców.

Odwołujący stwierdził, że w związku z brakiem dostępu do pełnej dokumentacji przetargowej oraz brakiem odtajnienia i przekazania wyjaśnień składanych przez przystępującego, pismem z dnia 19.08.2020 r. domagał się od zamawiającego udzielenia jednoznacznej odpowiedzi, czy przystępujący zamierza wykonać całość zamówienia przy udziale podwykonawców czy też bez udziału podwykonawców.

Pismem z dnia 19.08.2020 r. zamawiający wskazał, iż w ofercie przystępującego nie zostały zawarte informacje na temat podwykonawstwa. Natomiast w toku badania rażąco niskiej ceny przystępujący wraz z wyjaśnieniami Nr 1 przedłożył oferty współpracowników/podwykonawców, zaś w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wskazał, że przedmiotowe oferty stanowią element szacowania ceny ofertowej, a nazwy podwykonawców zostaną zamawiającemu przekazane na dalszym etapie prowadzonego postępowania.

Odwołujący podniósł, że z treści oferty, w jej pierwotnym kształcie, nie sposób wyczytać, ani wywieść, że oświadczeniem przystępującego było objęcie powierzenie osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Skoro obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, który to obowiązek zamawiający powtórzył w treści s.i.w.z., to oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma istotny charakter. Zmiana w tym zakresie

winna być więc oceniana, jako powodująca istotną zmianę oferty.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., odwołujący wskazał, że przystępujący celowo i świadomie określił wartość netto dla poszczególnych pozycji w Tabelach Opracowań Projektowych oraz Tabelach Prac Związanych niejednoznacznie, co w sposób nieuprawniony stawiało go w uprzywilejowanej sytuacji w zakresie oceny ofert — w kryteriach oceny ofert. Odwołujący podkreślił, że konstrukcja wyceny wykonania otworów badawczych drogowych i otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich, doprowadziła w istocie do kwalifikacji oferty przystępującego jako oferty wariantowej. Tym samym przystępujący w sposób nieuprawniony uzyskał znaczną przewagę punktową, dającą mu wygraną w tym postępowaniu. Takie działanie przystępującego należało uznać za naruszające zasady uczciwej konkurencji, poprzez manipulowanie ceną oferty przez określenie wartości poszczególnych pozycji w TOP w taki sposób, że część z nich określana jest na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, odwołujący stwierdził, że przystępujący na etapie składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w pismach z dnia 20.05.2020 r. i 28.05.2020 r. zastrzegł, że informacje zawarte w piśmie (przystępujący wskazuje „w powyższym” nie zaś w „niniejszym” piśmie) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) i przekazuje je jedynie do wiadomości zamawiającego.

W ocenie odwołującego, przystępujący nie wypełnił przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, iż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przystępujący sprowadził jedynie do ogólnikowej deklaracji o zastosowanych przez niego środkach organizacyjnych zapewniających zachowanie zastrzeżonych danych w poufności. Przystępujący wskazał, iż „W celu zachowania poufności danych stanowiących dla ZDI Sp. z o.o. wartość gospodarczą, Spółka podjęła niezbędne działania, między innymi poprzez wprowadzenie w 2008 r. systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008. Dodatkowo pracownicy Spółki jak i osoby współpracujące z ZDI Sp. z o.o. zobowiązane są na podstawie zawartych umów do zachowania tajemnicy wszelkich informacji dotyczących funkcjonowania i struktury ZDI Sp. z o.o. oraz poufności pozyskanych danych. Sposób kalkulacji ceny ofertowej jak i stosowane rabaty, upusty, udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających podpisane odpowiednie klauzule poufności”. Opis ten nie został poparty jakimikolwiek dokumentami, które potwierdzałyby skuteczność i prawdziwość zadeklarowanych rozwiązań. Tym samym przystępujący nie zastosował się do dyspozycji art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., co obligowało zamawiającego do odtajnienia wyjaśnień przystępującego w całości.

Odwołujący podkreślił, iż zamawiający zaniechał dokonania analizy prawidłowości zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, analizując — zdaniem odwołującego - rzeczne dokumenty wyłącznie jako całość. Odwołujący wskazał, że co do zasady możliwości utajnienia podlegają bowiem określone informacje, a nie całe dokumenty, które je zawierają. Utajnienie całych dokumentów, nawet gdy niektóre zawarte w nich informacje nie spełniają przesłanek pozwalających na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, byłoby możliwe w przypadku, jeżeli ujawnienie tej części informacji, która samodzielnie nie podlega ochronie, mogłoby stanowić podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. KIO 1195/11).

W ocenie odwołującego, zamawiający, dokonując badania zasadności utajnienia części oferty, powinien rozważyć, czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje — mogące mieć charakter poufny — posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania, ograniczając tym samym innym wykonawcom zapewnienie ochrony prawnej (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. I CKN 304/00 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., sygn. I CKN 1159/00). Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek oceny i uzasadnienia w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że działanie zamawiającego, polegające na lakonicznej informacji o utrzymaniu utajnienia wyjaśnień przystępującego oraz swego wezwania do przystępującego o wyjaśnienia naruszyło interes odwołującego poprzez uniemożliwienie skorzystania ze środków ochrony prawnej w stosunku do wadliwej decyzji o wyborze oferty przystępującego w zakresie utajnionej części oferty. W ocenie odwołującego, sposób postępowania zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami: jawności postępowania, wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy jak i uczciwej konkurencji. Pozbawienie odwołującego możliwości wniesienia środków ochrony prawnej w zakresie utajnionej części oferty stanowi naruszenie przepisów ustawy i czyni wybór oferty przystępującego

wadliwym również w świetle art. 7 ust. 3 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 września 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p., pomimo iż treść oferty przystępującego nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierała błędy w obliczeniu ceny, zamawiający wskazał, że wypełnił obowiązek weryfikacji poprawności obliczenia ceny w stosunku do wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, nie prowadził jakichkolwiek negocjacji z przystępującym, a wszelkie wyjaśnienia treści oferty prowadził zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, przedstawiony w odwołaniu z dnia 19.08.2020r zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy P.z.p. z uwagi, iż treść oferty przystępującego nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawierała błędy w obliczeniu ceny jest w całości bezpodstawny.

Przedstawiony w odwołaniu sposób wyliczenia kosztów opracowania podnoszonych przez odwołującego pozycji z tabeli opracowań projektowych nr:

1)TOP 1/3 ... poz. . 3 .. A. ... Dokumentacja . badań podłoża . gruntowego . wraz z opinią geotechniczną*

2)TOP 1/3 poz. 3 D. Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna)

3)TOP 2/3 ... poz. . 3 .. A. ... Dokumentacja . badań podłoża . gruntowego . wraz z opinią geotechniczną*

4)TOP 2/3 poz. 3 D, Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna)

5)TOP 3/3 ... poz. . 3 .. A. ... Dokumentacja . badań podłoża . gruntowego . wraz z opinią geotechniczną*

6)TOP 3/3 poz. 3 D. Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna) jest błędny i nie znajduje uzasadnienia w zapisach SIWZ

Zamawiający wskazał, że zgodnie z wymaganiami określonymi w TOP ww. pozycje są pozycjami ryczałtowymi, a zakres wyceny dla poszczególnych pozycji został określony w uwagach pod tabelą. W uwagach zawartych pod tabelą zamawiający określił dokładną ilość oraz rodzaj otworów badawczych, które należało uwzględnić w danej pozycji w Tabeli Opracowań Projektowych. Ilość otworów badawczych określona w TOP została skalkulowana indywidualnie dla każdego z etapów (odcinków) zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 4.3.1 rozdział IV s.i.w.z.

Zakres badań geologicznych powinien obejmować w szczególności:

- po min. 2 otwory dla każdej projektowanej podpory obiektu mostowego o głębokości min. 15 m, w rozstawie mniejszym od 20m,
- min. 2 otwory dla przepustu o głębokości min. 5 m, w rozstawie wierceń mniejszym od 20m,
- dla drogi 3 otwory w przekroju - dwa zlokalizowane na krawężniach drogi o głębokości min. 1,0 m w celu rozpoznania konstrukcji drogi oraz 1 otworu o głębokości min. 3m bez uwzględniania wysokości nasypów wraz z rozpoznaniem warstw nawierzchni istniejącej; rozstaw podłużny grup otworów max. Co 250m; w przypadku wysokich nasypów głębokość otworów powinna pozwalać na bezpieczne posadowienie korpusu drogowego i umożliwiać właściwe zaprojektowanie ewentualnego wzmocnienia podłoża gruntowego;
- dla każdej podpory obiektu należy wykonać co najmniej Jedno sondowanie parametryzujące właściwości fizyczno-mechaniczne gruntów i skał w podłożu (statyczne, dynamiczne, udarowoobrotowe lub inne w zależności od potrzeb)"

W ocenie zamawiającego, oferta przystępującego została sporządzona poprawnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w Instrukcji dla wykonawców (rozdział I s.i.w.z.). Przywołany przez odwołującego zapis pkt 4.3 rozdział IV s.i.w.z., zgodnie z którym „Ostateczna ilość otworów geologicznych oraz ostateczny koszt wykonania opracowań geotechnicznych i geologicznych (wskazanych w Tabeli Opracowań Projektowych) zostanie ustalony na podstawie wyceny wskazanej w tabeli "Prac związanych" w zależności od faktycznej ilości otworów geologicznych, których wykonanie będzie niezbędne do prawidłowego zaprojektowania obiektów budowlanych, określonej w trakcie prac projektowych w uzgodnieniu z Zamawiającym." został błędnie zinterpretowany przez odwołującego. Przedmiotowy zapis znajduje zastosowanie w przypadku konieczności zmiany umowy z uwagi na wykonanie dodatkowych otworów badawczych ponad ilości wskazane z TOP. Podstawą do wystawienia faktury/rachunku będzie podpisany protokół zdawczo — odbiorczy częściowy (dotyczy odbioru poszczególnych opracowań projektowych wyszczególnionych w TOP) lub

ostateczny.

Zamawiający wskazał, że cena poszczególnych pozycji Tabeli Opracowań Projektowych będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej pozycji w umowie. Ceny ryczałtowe oraz ceny jednostkowe wykazane w TOP są stałe przez cały okres realizacji zamówienia i powinny obejmować kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia opracowań określonych w niniejszej specyfikacji w ilościach wskazanych w Tabeli nr 2. Cena ofertowa powinna obejmować koszty wykonania dokumentacji, koszty wszelkich materiałów przedkładanych zamawiającemu których wykonanie niezbędne jest do prawidłowej realizacji przedmiotu umowy. Wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji dotyczącej podziału działek posiada charakter obmiarowy i będzie wyliczone na podstawie ceny jednostkowej okresowej w TOP oraz rzeczywistej ilości sztuk działek (dzielonych decyzją ZRID).

Zamawiający podkreślił, że Wprowadzenie tabeli „prace związane” do TOP miało na celu wyłącznie ustalenie cen przy rozliczeniu dodatkowych otworów geologicznych (otworów badawczych) koniecznych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia. Na odcinku drogi o długości ponad 35 km z uwagi na zmienność warunków gruntowych może wystąpić konieczność zagęszczenia otworów badawczych np. w sytuacji wystąpienia gruntów słabonośnych. Wzmocnienie gruntów słabonośnych pod drogą jest często bardzo kosztowne w związku z powyższym ważne jest dokładnie rozpoznanie zasięgu występowania gruntów słabych, W opisanej powyżej sytuacji zasadnym będzie wykonanie dodatkowych badań geologicznych (otworów badawczych) o których mowa w tabeli „prace związane”. Jednocześnie należy przy tym zwrócić uwagę, że konieczność wykonania dodatkowych otworów badawczych może w ogóle nie wystąpić przez cały okres realizacji Umowy. Powyższe wyjaśnienie znajduje potwierdzenie w zapisach S 13 ust. 11 — rozdział V s.i.w.z. — Istotne Postanowienia Umowy „w przypadku konieczności zwiększenia ilości badań geologicznych (otworów geologicznych drogowych, otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich) wynagrodzenie umowne zostanie powiększone o wartość wynikającą z ilości wykonanych badań (ponad ilości wskazane w TOP) oraz cen jednostkowych określonych w TOP w tabeli „Prace Związane”. Ceny wskazane przez przystępującego w tabelach „prace związane” nie mają wpływu na wartość oferty i ocenę oferty przez zamawiającego. Mogą mieć natomiast zastosowanie jedynie na etapie realizacji umowy w sytuacji konieczności zmiany Umowy w związku z wykonaniem dodatkowych otworów badawczych co potwierdza S 13 ust. 4— rozdział V s.i.w.z. „Jeżeli prace projektowe związane z Poleceniem Zmiany, odpowiadają opisowi jakiegokolwiek pozycji w Tabeli Opracowań Projektowych (TOP) zawierającej cenę jednostkową, to cena ta będzie używana do wyliczenia wysokości wynagrodzenia”,

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r., poz. 1010), pomimo iż złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zamawiający stwierdził, że oferta przystępującego jest zgodna z s.i.w.z. oraz spełnia wszystkie wymagania określone przez zamawiającego. Przystępujący, działając według postanowień s.i.w.z. (rozdział 1 pkt. 10.5), przedłożył wraz z ofertą wszystkie wymagane dokumenty w tym Tabelę Opracowań Projektowych (TOP). Stawki zaproponowane przez przystępującego określone w TOP zostały zweryfikowane przez zamawiającego i wyjaśnione na etapie badania rażąco niskiej ceny, przystępujący przedłożył wyjaśnienia oraz dowody które potwierdzają że zaproponowane ceny za wykonanie opracowań projektowych opisanych w TOP jako „Dokumentacja badań podłoża gruntowego wraz z opinią geotechniczną” oraz „Dokumentacja geologiczno-inżynierska i hydrogeologiczna (jeżeli będzie konieczna) (dotyczy to pozycji nr: (TOP) 1/3 poz. 3.A, (TOP) 1/3 poz. 3.D, . (TOP) 2/3 poz. 3.A, (TOP) 213 poz. 3.1), (TOP) 3/3 poz. 3.A, (TOP) 3/3 poz. 3.D.) są cenami realnymi i zawierają koszty wykonania otworów badawczych drogowych oraz otworów geotechnicznych dla obiektów inżynierskich w ilości i rodzaju określonym w s.i.w.z. (patrz wyjaśnienie na zarzut nr 1). Zgodnie z przyjętą przez zamawiającego konstrukcją TOP, ceny określone w tabelach „Prace związane” nie wliczają się do łącznej wartości oferty w związku z czym nie mają wpływu na wartość ofert oraz na klasyfikację ofert w rankingu ofert . W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (pismo nr PP/136/05/2020/AR z dnia 28.05.2020r i pismo nr PP/143/6/2020/AR z dnia 29.06.2020r) przystępujący potwierdził, że zaproponowana cena ofertowa w wysokości 3 272 438,79zł brutto nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 90 ustawy P.z.p., lecz jest wynikiem rzetelnej wyceny świadomego działania, zawiera wszelkie koszty związane z realizacją całości zamówienia określonego w s.i.w.z. oraz mieści się w granicach prawa tj. nie jest skierowana przeciwko jakimkolwiek innym podmiotom, nie jest ceną dumpingową i zawiera w sobie skalkulowany zysk.

Zamawiający wskazał, że z należytą starannością określił w s.i.w.z. ilość otworów badawczych (otworów drogowych oraz otworów geotechnicznych dla obiektów inżynierskich) koniecznych do poprawnego zrealizowania całego przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie tabeli „prace związane” do TOP miało na celu wyłącznie ustalenie cen przy rozliczeniu dodatkowych otworów geologicznych których wykonania nie można było przewidzieć na etapie postępowania przetargowego co potwierdzają zapisy pkt 11 S

13 — rozdział V s.i.w.z. — Istotne Postanowienia Umowy „w przypadku konieczności zwiększenia ilości badań geologicznych (otworów geologicznych drogowych, otworów geologicznych dla obiektów inżynierskich) wynagrodzenie umowne zostanie powiększone o wartość wynikającą z ilości wykonanych badań (ponad ilości wskazane w TOP) oraz cen jednostkowych określonych w TOP w tabeli „Prace Związane”. Ceny wskazane przez przystępującego w tabelach „Prace Związane” nie mają wpływu na wartość oferty i mogą mieć zastosowanie jedynie na etapie realizacji umowy w sytuacji konieczności zmiany umowy w związku z ewentualnym wykonaniem dodatkowych otworów badawczych. Zamawiający zwrócił uwagę, że konieczność wykonania dodatkowych otworów badawczych może w ogóle nie wystąpić przez cały okres realizacji Umowy. Ceny określone w tabeli „Prace związane” nie dają wykonawcy podstawy do prowadzenia negocjacji z zamawiającym w zakresie kształtowania łącznej wartości oferty, co zarzuca odwołujący. Zamawiający po zakończeniu badania ofert uznał, że oferta przystępującego spełnia wymagania określone w s.i.w.z. i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy P.z.p. Zamawiający na żadnym etapie postępowania nie prowadził z przystępującym negocjacji w zakresie ilości otworów badawczych i cen za poszczególne pozycje TOP i tabeli „Prace Związane”. Odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów potwierdzających prowadzenie pomiędzy przystępującym a zamawiającym niedozwolonych negocjacji. Jego twierdzenia w tym zakresie są gołosłowne i nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. przez ich błędne zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia dokonane przez przystępującego w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i załączonych do nich dokumentów, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienia odwołującemu tej części dokumentacji postępowania, mimo że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający stoi na stanowisku, iż dokonał prawidłowej oceny treści pism przystępującego z dnia 20.05.2020 r. i 28.05.2020 r. i załączników stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. W opinii zamawiającego, informacje tam zawarte spełniają wszystkie przesłanki wskazane w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa i zostały prawidłowo zastrzeżone.

W ocenie zamawiającego, informacje zastrzeżone przez przystępującego posiadają konkretną wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa, polegającą na ochronie jego konkurencyjności, chociażby w kontekście przewidywalności jego działań i strategii rynkowych i mogą mieć wpływ na sytuację wykonawcy na rynku i jako takie w opinii zamawiającego zasługują na ochronę.

Zamawiający przyjął, że informacje wskazane przez przystępującego na stronach 3-8 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 10-13 pisma z dnia 29.06.2020 r. mają charakter techniczny, technologiczny posiadają określoną wartość gospodarczą i jako takie zasługują na ochronę poprzez wyłączenie jawności.

Zamawiający przyjął, że informacje wskazane przez przystępującego na stronach 2, 4, 5 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 4-9 pisma z dnia 29.06.2020 r. mają charakter organizacyjny, posiadają określoną wartość gospodarczą i jako takie zasługują na ochronę poprzez wyłączenie jawności.

W opinii zamawiającego zastrzeżone informacje dotyczą kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przystępującego (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość) z wyłączeniem informacji, których upublicznienie wynika np. z przepisów prawa.

Zamawiający przyjął, że wartość gospodarcza zastrzeżonych informacji ma wymiar obiektywny, zdecydowanie wychodzący poza samo przekonanie przystępującego o wartości posiadanych przez niego informacji. Przystępujący, w opinii zamawiającego, w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, jako objętej tajemnicą przedsiębiorstwa wykazał, dlaczego zastrzeżone informacje, jako cały zbiór danych stanowią dla niego informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą. Wartość gospodarcza nie musi być przedstawiana przez wskazanie konkretnej czy też przybliżonej kwoty wyrażonej za pomocą ogólnie przyjętego miernika wartości, co oznacza, że nie zawsze da się wyrazić w pieniądzu, gdyż dotyczy okoliczności, które nie można na takowy przeliczyć (KIO 330/20). W opinii zamawiającego powyższa przesłanka została spełniona.

Zamawiający przyjął, że informacje wskazane przez przystępującego na stronach 3-38 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 2-71 pisma z dnia 29.06.2020 r. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i jako takie zasługują na ochronę poprzez wyłączenie jawności. W opinii zamawiającego powyższa przesłanka również została spełniona.

Zamawiający przyjął, że informacje wskazane przez ZDI na stronach 1-3 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 1-2 pisma z dnia 29.06.2020 r. potwierdzają spełnienie przesłanki podjęcia w stosunku do informacji niezbędnych działań w celu zachowania poufności.

Zamawiający wskazał, że analiza powyższych przesłanek i orzecznictwa KIO w tym zakresie pozwoliła zamawiającemu na zakwalifikowanie dokumentów i zawartych w nich informacji jako „tajemnicy przedsiębiorstwa” przystępującego. Zamawiający zweryfikował, czy przystępujący spełnił swoją rolę w procesie ochrony tajemnicy własnego przedsiębiorstwa. Bowiem treść przepisu art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., w przypadku zamiaru zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji, z uwagi na zawartą w nich „tajemnicę przedsiębiorstwa”, właśnie na wykonawcę nakłada obowiązek zadeklarowania jakie dokumenty i w jakim zakresie są objęte ww. tajemnicą. Jednocześnie ze złożeniem oświadczenia wykonawca powinien wykazać, że zastrzeżone informacje, spełniają łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 2. 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 w poufności takiej informacji.

Zamawiający wskazał, że ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią „tajemnicę przedsiębiorstwa” spoczywał na przystępującym, który takiego zastrzeżenia dokonał. Skoro wykonawca dokonał zastrzeżenia i czynność ta musiała zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca był obowiązany wykazać zasadność dokonanego zastrzeżenia. W ocenie zamawiającego, przystępujący sprostował obowiązkowi podjęcia działań, zapewniając ochronę informacji przed upowszechnieniem ujawnieniem.

Zamawiający podniósł, że to na przystępującym zastrzegającym taką informację spoczywał obowiązek wykazania przesłanek skuteczności zastrzeżenia w tym konkretne przedstawienie jakie kroki podjął przystępujący, aby zachować tajemnicę przedsiębiorstwa. W ramach podejmowanych środków przystępujący na stronach 1-3 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 1-2 pisma z dnia 29.06.2020 r. wskazał na fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Przystępujący uczynił to jednocześnie z samym zastrzeżeniem — nie czekając na decyzje i ewentualne wezwania zamawiającego w tym zakresie. To wykonawca udowodnił — razem ze złożonym zastrzeżeniem — że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący odniósł się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się przystępujący wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia.

Zamawiający poinformował, że przystępujący wskazał wiarogodne dowody, że informacje zastrzeżone w ofercie podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami. Są nimi dowody o których mowa na stronach 1-3 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronach 1-2 pisma z dnia 29.06.2020 r.

W opinii zamawiającego przystępujący wykazał, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dane nie są publicznie udostępniane, nie informuje o nich osób trzecich, zachowuje je w tajemnicy, nie przesyła w sposób umożliwiający wgląd do nich osobom nieupoważnionym, dane przechowuje z wykorzystaniem do ich zabezpieczenia stosownych środków, wreszcie jedynie nieliczni, umocowani do tego pracownicy wykonawcy mają wgląd w ich treść.

Przystępujący na stronie 2 pisma z dnia 28.05.2020 r. oraz na stronie 2 pisma z dnia 29.06.2020 r. wskazał na fakt istnienia procedur czy umów z klauzulami poufności. Nie oznacza to automatycznego uznania zasadności zastrzeżenia określonych informacji. Zamawiający ma możliwość weryfikacji treści procedur istniejących u przystępującego i umów zawierających klauzule poufności. Arbitralne i subiektywne przekonanie przystępującego odzwierciedlone w treści złożonych wyjaśnień o wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji i ich poufny charakterze nie stanowiło wyłącznej podstawy do zasadności zastrzeżenia. Zamawiający zbadał czy klauzule poufności zostały nałożone prawidłowo oraz czy rzeczywiście zastrzeżone informacje mają obiektywną wartość gospodarczą.

W ocenie zamawiającego, przystępujący wywiązał się z obowiązku nie tylko wyjaśnienia, ale także udowodnienia, czy choćby uprawdopodobnienia, ziszczenia się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z jej definicją. To od charakteru i rodzaju informacji, zależało to czy dla „wykazania” wystarczy jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie wskazuje się, że czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy.

Zamawiający stwierdził, że w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący, podobnie jak każdy przedsiębiorca, doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę jaka będzie jej wysokość. Przystępujący udowodnił, że ujawnienie

zastrzeżonych przez niego informacji, rzeczywiście spowodowałoby dla niego jakiegokolwiek negatywne konsekwencje, w szczególności naraziło na straty.

W przedmiotowej sprawie, w opinii zamawiającego, zastrzeżenie informacji nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2020 roku odwołujący zmodyfikował zarzuty odwołania w taki sposób, że zarzut naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. wskazał jako zarzut wiodący, natomiast pozostałe zarzuty jako zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wiodącego. Wnosi zatem w szczególności o nakazanie zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień zastrzeżonych przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 05.05.2020 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert i umieścił na stronie internetowej zamawiającego informację z otwarcia ofert.

Do postępowania w terminie składania ofert wpłynęły następujące oferty:

1.DROGOWIEC sp. z o.o. w Białymstoku Cena ofertowa (w zł brutto): 2 738 472,00

2.ZDI sp. z o.o. w Zamościu

Cena ofertowa (w zł brutto): 3 272 438,79

3.TRASAL sp. z o.o. w Rzeszowie

4.IVIA S.A. w Katowicach

Cena ofertowa (w zł brutto): 3 444 000,00

5.Konsorcjum firm, Lider: Drogowa Inżynieria Sp. z o.o. sp.k. w Chelmie, "Lispus" Marcin Dobek

Cena ofertowa (w zł brutto): 3 488 280,00

6.PROMOST CONSULTING sp. z o.o. sp. k. w Rzeszowie Cena ofertowa (w zł brutto): 3 683 754,68

7.Egis Poland Sp. z o.o. w Warszawie Cena ofertowa (w zł brutto): 3 884

340,00

8.Value Engineering Sp. z o.o. w Warszawie Cena ofertowa (w zł brutto): 4 257 399,00

9.Konsorcjum firm: Pracownia Inżynierska KLOTOIDA spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością sp. k. w Krakowie, Pracownia Inżynierska KLOTOIDA sp. z o.o. w Krakowie Cena ofertowa (w zł brutto): 4 758 740,85

10.KONSORCJUM: MPRB Sp. z o.o. w Krakowie MP-MOSTY S.A. - Partner Konsorcjum w Krakowie

Cena ofertowa (w zł brutto): 7 847 400,00

W dniu 20.05.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego o wyjaśnienie treści oferty w celu ustalenia czy złożone oferty zawierały rażąco niską cenę. Zwrócono się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dniu 28.05.2020r. zamawiający otrzymał od przystępującego wyjaśnienie treści oferty w zakresie zaoferowanej ceny, wyjaśnienia dotyczące pozycji ujętych w Tabeli Opracowań Projektowych (Rozdział III s.i.w.z.), w szczególności w zakresie oferowanych cen i sposobu ich kalkulacji, z jednoczesnym zastrzeżeniem przez przystępującego „tajemnicy przedsiębiorstwa”.

Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, przystępujący wskazał, co następuje:

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji „Poprzez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności”.

ZDI Spółka z o.o. podjęła niezbędne działania, w celu zachowania poufności aby informacje zastrzeżone w ww zakresie w

całości nie zostały ujawnione do informacji publicznej, co oznacza, że nie mogą to być informacje znane ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zostały udostępnione wyłącznie wąskiemu gronu pracowników odpowiednio przeszkolonych i zobowiązanych do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Informacje zawarte w powyższym piśmie stanowią informacje techniczne i technologiczne, organizacyjne, odznaczające się wartością gospodarczą dla ZDI Sp. o.o. dlatego też nie mogą być ogólnie udostępniane. Odtajnienie przedmiotowych informacji ujawniłoby innym uczestnikom postępowania informacje, jakimi zasobami Wykonawca nie dysponuje w sposób bezpośredni, tj. w zakresie jakich części zamówienia Wykonawca zobligowany jest korzystać z podwykonawstwa, z jakimi podmiotami współpracuje, oraz w jaki sposób dokonuje kalkulacji ceny ofertowej.

Kalkulacja ceny ofertowej stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawiera ona konkretne obliczenia, zastosowane upusty, marże oraz koszty, których ujawnienie mogłoby w sposób oczywisty narazić ZDI na starty. Pozyskanie tego rodzaju danych przez konkurentów dawałoby im przewagę na rynku przedmiotowych usług. Z tych też względów zrozumiałe jest, że te szczegółowe wyliczenia dotyczące ceny zostały przez ZDI objęte tajemnicą gdyż ich ujawnienie zagrażałoby interesom ekonomicznym Spółki ZDI. Powyższe znajduje również swoje potwierdzenie w wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. gdzie Izba podniosła że „Szczegółowy opis sposobu kalkulacji ceny oferty stanowi istotną dla przedsiębiorcy informację o wartości gospodarczej ze względu na zachowanie konkurencyjności firmy na danym rynku. W złożonych wyjaśnieniach zawarto szczegółowy opis elementów składowych ceny oraz sposobu jej kalkulacji z uwzględnieniem m.in. kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, kosztów administracyjnych i operacyjnych, a także marginesu zysku. Powyższe informacje nie są dostępne powszechnie, a dostęp do nich, jak wyjaśnił wykonawca, jest objęty skuteczną ochroną” KIO 995/12. 1.9. Dlatego też powszechną i nie budzącą wątpliwości praktyką w sytuacjach tego rodzaju jest utajnianie wyjaśnień w sprawie ceny oferty. Wyjaśnienia w sprawie ceny, w których ciężar dowodowy leży po stronie wykonawcy, wymagają od niego niejednokrotnie ujawnienia i pokazania zamawiającemu szczegółowych aspektów dotyczących obliczenia ceny, nie wymaganych w ramach składania oferty. Cena korzystna i konkurencyjna opiera się na wieloletnich doświadczeniach w realizacji podobnych projektów, oraz unikalnym know-how, wypracowanym w relacjach handlowych i biznesowych z podwykonawcami, współpracownikami, oraz umiejętności skutecznego optymalizowania biznesowego, widocznego w takich wyjaśnieniach, czy obliczeniach ceny. Ich ujawnienie pokazałoby konkurencji te wypracowane sposoby. Wartość gospodarcza takich informacji jest niewątpliwa i bezsporna. W kontekście powyższego, Wykonawca każdorazowo podejmuje kroki celem ograniczenia kręgu osób, które mają dostęp do takich informacji.

Kalkulacje ceny ofertowej stanowią informacje o kosztach przypisanych przez Wykonawcę do określonego zakresu, stanowiąc pośrednio informację na temat organizacji przedsiębiorstwa Wykonawcy. Sposób przypisania przez Wykonawcę kosztów do danego zakresu jest efektem zdobytego przez niego know-how, które wypracował na przestrzeni lat, świadcząc usługi projektowe na rynku, a przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą. Utajnione kalkulacje pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa koszty wykonania poszczególnych etapów projektowych, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty, 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 projektowy.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 marca 2010 r. (KIO/UZP 6/10), stwierdziła że opracowane przez wykonawcę na potrzeby zamówienia takie elementy oferty jak np. opis funkcjonalny systemu, opis techniczny, zastosowana metodologia, zawierające "know-how" wykonawcy, jak i wykaz sprzętu i licencji zastosowanych do budowy systemu w ramach oferowanego rozwiązania oraz sposób kalkulacji ceny oferty, uwzględniający szczegółowe elementy kosztowe, stanowią informację, która może podlegać ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wyjaśnienia zawarte w poniższym piśmie, załączona kalkulacja ceny ofertowej oraz oferta współpracy, zawierają informacje na temat szczegółów dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej, które niewątpliwie mają charakter organizacyjny oraz przedstawiają realną wartość gospodarczą dla Spółki.

W celu zachowania poufności danych stanowiących dla ZDI Sp. z o.o. wartość gospodarczą, Spółka podjęła niezbędne działania, między innymi poprzez wprowadzenie w 2008 systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008. Dodatkowo pracownicy Spółki jak i osoby współpracujące z ZDI Sp. z o.o. zobowiązane są na podstawie zawartych umów do zachowania tajemnicy wszelkich informacji dotyczących funkcjonowania i struktury ZDI Sp. o oraz poufności pozyskanych danych. Sposób kalkulacji ceny ofertowej jak i stosowane rabaty, upusty, udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających podpisane odpowiednie klauzule poufności.

W związku z powyższym zastrzeżenie w/w informacji przez Spółkę ZDI jest w pełni uzasadnione i powinny zostać utajnione.

W dniu 18.06.2020 r. pismem zamawiający wezwał przystępującego o ponowne wyjaśnienie w zakresie zaoferowanej ceny.

W dniu 29.06.2020 r. zamawiający otrzymał drugie wyjaśnienia przystępującego z jednoczesnym, z ponownym zastrzeżeniem przez przystępującego „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Uzasadnienie zastrzeżenia było takie samo, jak w piśmie z dnia 28 maja br.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. przez ich błędne zastosowanie oraz błędą wykładnię i nakazuje zamawiającemu.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu, Izba wskazuje, że jedną z zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta gwarantuje transparentność prowadzonego postępowania i pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odstępstwo od tej zasady, zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy P.z.p., może zostać ograniczone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

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

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1010 ze zm.), przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

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

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

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

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

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

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący złożył wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. Podkreślić należy, że przystępujący zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa całość wyjaśnień wraz z załącznikami, mimo że w treści wyjaśnień wskazał wyłącznie na ich treść, kalkulację ceny oraz oferty współpracy jako te, które mogą stanowić dla niego wartość gospodarczą, uzasadniającą dokonane zastrzeżenie. Tymczasem do obu pism dołączono również szereg innych dokumentów, wobec których przystępujący nie wyjaśnił, dlaczego zostały one utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zaniechanie to samo przez się stanowi o tym, że dokonane zastrzeżenie należy uznać za bezskuteczne.

Niezależnie od powyższego, Izba podkreśla, że przystępujący nie wykazał przy tym, iż w stosunku do zastrzeżonych informacji podjął działania w celu zachowania ich poufności.

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

Izba wskazuje, że przystępujący w złożonych wyjaśnieniach stwierdził, że podjął niezbędne działania, między innymi poprzez wprowadzenie w 2008 systemu zarządzania jakością ISO 9001:2008. Dodatkowo pracownicy Spółki jak i osoby współpracujące z ZDI Sp. z o.o. zobowiązane są na podstawie zawartych umów do zachowania tajemnicy wszelkich informacji dotyczących funkcjonowania i struktury ZDI Sp. o oraz poufności pozyskanych danych. Sposób kalkulacji ceny ofertowej, jak i stosowane rabaty, upusty, udostępnione są tylko wąskiemu gronu pracowników posiadających podpisane odpowiednie klauzule poufności.

Z powyższego wynika, że przystępujący, dokonując zastrzeżenia, powoływał się na dokumenty lub ich fragmenty/klauzule. Dziwi zatem fakt, że ich nie złożył wraz z wyjaśnieniami. Podkreślenia wymaga, że wykonawca nie zawsze będzie mógł powołać się na konkretne dowody w postaci dokumentów. Nierzadko zdarza się, zwłaszcza w sytuacji mniejszych podmiotów gospodarczych, np. osób fizycznych, prowadzących działalność gospodarczą, że podjęte działania polegają np. na fizycznym zabezpieczeniu informacji, np. w szafie pancerniej. Inaczej zatem będzie wyglądało dowodzenie w takim przypadku, a inaczej w przypadku wykonawcy powołującego się na dokumenty. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku nic nie stało na przeszkodzie, by przystępujący wraz z wyjaśnieniami złożył kopie umów zawierających klauzule poufności, chociażby w postaci zanonimizowanej. Brak jakichkolwiek dowodów czyni dokonane zastrzeżenie nieskutecznym.

Stanowisko Izby wyrażone w wyroku stanowi kontynuację ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. I tak, zgodnie z wyrokiem z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 315/18, zasadność dokonania zastrzeżenia powinna być dokonywana na podstawie podanych przez danego wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonych informacji. Taka argumentacja winna być poparta dowodami, gdyż wykazanie z tym się niewątpliwie wiąże. A przynajmniej jeśli istnieją określone ograniczenia co do możliwości dowodowych w tym zakresie, winny być one, tj. określone dowody także przywołane z nazwy w uzasadnieniu - np. dany dokument, regulacja, zarządzenie, polityka bezpieczeństwa - w sposób pozwalający na uznanie że ta informacja jest wiarygodna, a dany dokument rzeczywiście istnieje. Z kolei w wyroku z 10 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 223/16, KIO 224/16, KIO 225/16, KIO 228/16 Izba wskazała, że dla prawidłowego wykazania, o którym mowa przepisie art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wystarczą jedynie gołosłowne i ogólnikowe twierdzenia, bez odniesienia się do konkretnych faktów, działań itd.

Z uwagi na powyższe, Izba uwzględniła wskazany wyżej zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i załączników do tych wyjaśnień, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, i nakazała zamawiającemu ich ujawnienie.

Jednocześnie Izba uznała, że pozostałe zarzuty podniesione wobec oferty przystępującego podlegają oddaleniu jako przedwczesne. Izba nakazała zamawiającemu również unieważnienie czynności najkorzystniejszej oferty, co oznacza, że odwołujący, po zapoznaniu się treścią wyjaśnień, będzie mógł podnosić dalsze zarzuty w zakresie ceny zaoferowanej przez przystępującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku

postępowania.