Sygn. akt:KIO 427/21

.....

WYROK

z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2021 r. przez wykonawcę **BPRD Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy**,

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących:

–nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na niewniesienie ważnego wadium,

–nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na niezłożenie oryginału pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę,

–nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na upływ terminu związania ofertą i niezabezpieczenie oferty wadium,

–zaniechania wykluczenia Strabag Sp. z o.o. z postępowania, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, z uwagi na przedłożenie zobowiązań do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich w formie kopii,

–zaniechania ujawnienia wezwania wykonawcy Strabag do wyjaśnienia ceny oraz przedstawionego przez Strabag Sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa,

2.Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Strabag Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz załączonymi do nich dowodami i nakazuje Zamawiającemu ich ujawnienie;

3.Kosztami postępowania obciąża Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Bydgoszcz – Zarząd Dróg Miejskich i Komunikacji Publicznej w Bydgoszczy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych na terenie miasta Bydgoszczy w 2021 roku – Zadanie 1 – część północna; Zadanie 2 – część południowa*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 grudnia 2020 r. pod numerem 760478-N-2020.

W dniu 8 lutego 2021 r. wykonawca BPRD Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części I zamówienia, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlegała odrzuceniu, względnie – wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, względnie – w sytuacji naruszenia jawności postępowania i zasad uczciwej konkurencji, w tym poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez STRABAG wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie wezwania go do

uzupełnienia dokumentów i pełnomocnictw;

2)art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie przez postępowania oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy STRABAG w sposób sprzeczny z regułami uczciwej konkurencji i zasadą przejrzystości, polegające na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie mogła zostać w sposób rzetelny i pełny zweryfikowana przez Odwołującego pod kątem spełniania wymagań SIWZ oraz pod kątem zawierania przez tą ofertę rażąco niskiej ceny, z uwagi na uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez STRABAG w odniesieniu do wyjaśnień przedłożonych na wezwanie Zamawiającego do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3)art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieudostępnienie Odwołującemu żądanych przez niego dokumentów postępowania, w szczególności korespondencji Zamawiającego do STRABAG oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, czym naruszono zasadę uczciwej konkurencji;

4)art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty STRABAG z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji, mimo że podlegała ona odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości oraz w odniesieniu do jej istotnych części składowych (w szczególności ceny za realizację poz. 1, 2, 18 i 20 kosztorysu ofertowego dla zamówienia podstawowego), niższą o ponad 30% od wartości zamówienia;

5)art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty STRABAG, pomimo nieprzedłożenia wraz z ofertą ważnego wadium (złożenia wadium wystawionego na podmiot inny niż Zamawiający);

6)art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, pomimo:

- jej nieważności z uwagi na brzmienie przepisów odrębnych (art. 104 Kc), wobec niezłożenia wraz z ofertą oryginału pełnomocnictwa dla osoby ją podpisującej;
- jej sprzeczność z ustawą w zakresie terminu związania ofertą i zabezpieczenia wadium (wyboru oferty po terminie związania ofertą i niezabezpieczonej ważnym wadium);
- jej sprzeczność z ustawą i treścią SIWZ, wobec złożenia kopii pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy przez osobę podpisującą ofertę;

7)art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, względnie – również w zw. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp,

- poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy STRABAG jako najkorzystniejszej, pomimo iż podlegał on wykluczeniu a jego oferta- odrzuceniu wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, względnie również poprzez
- niewezwanie Wykonawcy STRABAG uprzednio do uzupełnienia/ udzielenia wyjaśnień nt. dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez niego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (w tym- możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich), które nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu/ możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich
- niewezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii.

<u>Zarzut dotyczący wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp)</u>

Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest zaakceptowanie wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzonej wadliwym (w tym – prowadzonym z naruszeniem reguł uczciwej konkurencji) postępowaniem w zakresie badania i oceny ofert. Wobec naruszeń w tym zakresie, doszło do naruszenia również przepisów regulujących wybór oferty najkorzystniejszej, a to wobec faktu, że oferta STRABAG podlegała odrzuceniu, względnie – wykonawca ten winien podlegać wykluczeniu (w tym po ewentualnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy). Także naruszenia zasady jawności (nieudostępnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) uzasadniają unieważnienie czynności wyboru.

<u>Naruszenie zasady jawności i uczciwej konkurencji w zakresie nieudostępnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny (art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp)</u>

Odwołujący podniósł, że dla skutecznego zastrzeżenia niejawności przedmiotowych dokumentów konieczne jest kumulatywnie spełnienie następujących warunków: 1) złożenie zastrzeżenia, 2) wykazanie, że zastrzeżenie obejmuje informacje, które rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym musi nastąpić to w odniesieniu do obu warunków najpóźniej w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 (termin składania ofert, a w przypadku dokumentów lub wyjaśnień składanych później – równocześnie z ich przedłożeniem).

Powołując się na przepis art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że aby uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa przepisu wymagane jest łączne spełnienie trzech przesłanek, tj.:

–informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży,

–informacja posiada wartość gospodarczą oraz

–informacja jest poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.

Odwołujący zaznaczył, że wszystkie powyższe przesłanki należy wykazać zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym obowiązek tego wykazania obciąża wykonawcę i nie może być zastępowany działaniami Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że konieczne jest, aby w sposób niebudzący wątpliwości można było stwierdzić, że konkretny dokument w danym postepowaniu przeprowadzanym w konkretnym okresie czasu zawiera informację o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy. Wykazanie zasadności zastrzeżenia powinno nastąpić poprzez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniających w tym postepowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że w obecnym stanie prawnym Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniedbanie wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nieść będzie ze sobą negatywne konsekwencje w postaci uznania, że zastrzeżenie jest nieskuteczne. Sam zatem fakt, że dana informacja w sensie przedmiotowym mogłaby kwalifikować się jako tajemnica przedsiębiorstwa nie przesądza jeszcze o skuteczności jej zastrzeżenia, do czego konieczne jest spełnienie przesłanek podmiotowych oraz skuteczne wykazanie ich spełnienia przez wykonawcę.

Odwołujący podniósł, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy, jakkolwiek teoretycznie rodzaj zastrzeżonych informacji (np. szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej) mogłyby w znaczeniu przedmiotowym spełniać przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, to jednak wykonawca nie sprostał obowiązkom z art. 8 ust. 3 (a przynajmniej Odwołujący nie dysponuje dokumentami, które pozwalałyby wyprowadzić wniosek odmienny). Wobec nieprzedstawienia mu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa może domniemywać, że albo w ogóle tego zastrzeżenia nie uzasadniono, albo nie wykazano spełnienia przesłanek zastrzeżenia.

Odwołujący zaznaczył, że nawet w razie skutecznego uzasadnienia tajemnicy nie wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach mogą być kwalifikowane jako tajemnica. Dotyczy to zwłaszcza informacji wynikających z samej dokumentacji postępowania (elementów podlegających wycenie, składających się na cenę ofertową, albowiem wynikają one z SIWZ i załączników do niej), a także okoliczności ujawnionych w ofercie (fakt korzystania z podwykonawców, zakres podwykonawstwa, zakres wynikających z tego kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, ilość osób skierowanych do realizacji zamówienia, podstawa ich zatrudnienia, rodzaj sprzętu wykorzystywanego do realizacji zamówienia itp.). O ile kalkulacja (ceny jednostkowe) może być tajemnicą przedsiębiorstwa, to już przedmiot wyceny nim nie jest.

Zdaniem Odwołującego nie ma także podstaw by uznać, że zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa samego uzasadnienia jej zastrzeżenia miało oparcie w realnym interesie wykonawcy, w szczególności, by tajemnicę przedsiębiorstwa stanowiły treści zawarte w tym uzasadnieniu.

Naruszenie art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał udostępnienia mu dokumentów postępowania, w szczególności korespondencji Zamawiającego do STRABAG oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Powyższe uniemożliwia rzetelną weryfikację wyjaśnień rażąco niskiej ceny, która musi stanowić dokładną odpowiedź na skierowane wezwanie, a tym samym narusza przepisy postępowania w stopniu uzasadniającym uwzględnienie odwołania

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nietrafnie uznał, że STRABAG obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Co prawda wobec nieujawnienia wyjaśnień w tym zakresie Odwołujący jest skazany na pewne teoretyzowanie, jednak treść dokumentów jawnych (oferta, dokumenty przedłożone na wezwanie z art. 26 ust. 2) uzasadnia wniosek, że nie mogły one przynieść wyjaśnienia nierealnej i nierynkowej ceny ofertowej.

Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe, aby w zaoferowanej cenie wykonawca zdołał uwzględnić wszystkie istotne składniki cenotwórcze, w tym cały zakres zamówienia zgodnie z jego opisem i załącznikami do SIWZ, przez cały 12-miesięczny okres realizacji (wraz z prawem opcji – 16 miesięcy), uwzględniający konieczność zatrudnienia co najmniej 14 pracowników na umowę o pracę za wynagrodzenie nie niższe niż minimalne (tj. 2800 zł brutto, co daje koszt pracodawcy co daje koszt pracodawcy na poziomie 3360 zł / miesiąc, a przyjmując przeciętnie 168h/ miesiąc pracy oznacza to stawkę 20zł/rbh, do której należy jeszcze doliczyć podatek VAT), wykonywania napraw interwencyjnych (koszty dyżurów, nadgodziny), wynajęcia sprzętu (w tym od podmiotów, z zasobów których korzysta Wykonawca) i jego transportu do Bydgoszczy (podwykonawcy udostępniający zasoby są z Warszawy, Oławy, Starachowic), w tym w jednym wypadku – w ciągu 24h od zgłoszenia zapotrzebowania, koszty podwykonawstwa, polisy OC, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty wadium (wniesionego w formie gwarancji bankowej), koszty materiałów, koszty pracy i amortyzacji urządzeń (co najmniej- wskazanych w SIWZ), koszty nadzoru, koszty pośrednie, administracyjne i ogólnozakładowe itp. oraz zysk. Odwołujący zwrócił uwagę, że główne pozycje cenotwórcze (poz. 1, 2, 18 i 20 dla zamówienia podstawowego) są wycenione przez STRABAG o kilkadziesiąt % niżej, niż w przypadku ofert konkurencyjnych, co czyni je nierealnymi.

Odwołujący podkreślił, że skierowanie do wykonawcy wezwania w okolicznościach określonych w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp tworzy domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska, przy czym ciężar jego obalenia spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub ich ocena wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający odrzuca ofertę (art. 90 ust. 3 PZP), przy czym jako niezłożenie wyjaśnień w orzecznictwie traktowane były wyjaśnienia zbyt ogólne czy lakoniczne.

Odwołujący podniósł, że oceniając wyjaśnienia wykonawcy, należy mieć na względzie obiektywne czynniki, które mogą mieć wpływ na obniżenie przez wykonawcę ceny lub kosztu, wymienione przykładowo w art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp. Podkreślił, że wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny powinny być konkretne i zawierać szczegółowe przedstawienie sposobu kalkulacji ceny ofertowej wraz z prezentacją okoliczności, właściwych danemu wykonawcy, które umożliwiły mu zaoferowanie ceny znacząco niższej od konkurencji i wartości zamówienia. Zaznaczył, że za wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne wykonawcy, a niedostępne jego konkurentom nie można uznać gołosłownych informacji wykonawcy o korzystaniu z własnych zasobów ludzkich i technicznych, dużym potencjale wykonawczym, minimalizacji kosztów czy uniknięciu korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Okoliczności uzasadniające kalkulację ceny nie mogą być okolicznościami dostępnymi wszystkim uczestnikom rynku, a jedynie właściwymi temu konkretnemu wykonawcy. Ponadto wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Wyjaśnienia podlegają badaniu i weryfikacji przez Zamawiającego, który powinien dokonywać ich krytycznej oceny oraz weryfikacji wiarygodności i realności podawanych wyjaśnień, ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do

zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, treść wyjaśnień nie może zawierać podstaw kalkulacji sprzecznych z przepisami powszechnie obowiązującego prawa (np. o minimalnym wynagrodzeniu) oraz treścią SIWZ. Odwołujący podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Nie jest zatem wystarczające przedstawienie kalkulacji ceny ofertowej jako takiej, bez wyjaśnienia czynników, jakie mają wpływ na wysokość skalkulowanej ceny oraz podstaw ich zastosowania.

Zdaniem Odwołującego zaoferowana przez STRABAG cena ofertowa (tak w całości, jak i w odniesieniu do jej istotnych czynników składowych) jest nierealne i rażąco zaniżone, a wykonawca, przedkładając dokumenty i informacje, jakie wynikają z jawnej części dokumentacji postępowania, nie mógł przedmiotowego domniemania obalić.

Odwołujący podniósł, że typowe czynniki wpływające na cenę usługi tego rodzaju, co objęte zamówieniem, w postaci np. liczby osób skierowanych do realizacji zamówienia, rodzaju środków i urządzeń używanych do jej realizacji, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, są albo wiadome na podstawie złożonej oferty, albo wspólne dla wszystkich uczestników rynku. Z oferty STRABAG w połączeniu z treścią SIWZ wynika, że do realizacji zamówienia zobowiązał się on skierować co najmniej 14 osób, jasne jest także z jakich produktów wykonawca ten zamierza korzystać przy realizacji usługi. Po drugie, należy uwzględnić pewne obiektywne czynniki, związane z wymogami wobec sposobu realizacji niektórych z usług w ramach zamówienia, takich jako konieczność dysponowani specjalistycznym sprzętem i pracownikami z określonymi uprawnieniami (kierownik robót), których wartość rynkowa jest kwestią powszechnie wiadomą i która czyni zaoferowaną w tej mierze przez STRABAG cenę jednostkową kompletnie nierealną i znacznie zaniżoną.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że STRABAG przedłożył dokument wadium wystawiony na rzecz Beneficjenta, który jako jednostka budżetowa gminy Miasto Bydgoszcz nie posiada zdolności prawnej (ZDMiKP) i nie jest Zamawiającym (prowadzi postępowanie w jego imieniu i na jego rzecz). Zdaniem Odwołującego wadium winno być wystawione na rzecz Miasta Bydgoszcz, a nieprawidłowości w tej mierze uniemożliwiają skorzystanie z niego (zrealizowanie gwarancji). Tym samym oferta nie jest prawidłowo zabezpieczona i podlega odrzuceniu.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że oferta STRABAG jest nieważna z uwagi na brzmienie art. 104 Kc, wobec niezłożenia wraz z ofertą oryginału pełnomocnictwa dla osoby ją podpisującej.

Odwołujący powołał się na stanowisko prezentowane w doktrynie, zgodnie z którym w świetle art. 104 KC jednostronna czynność prawna (jaką jest złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Niedołączenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego, niezawierającego umocowania do złożenia oferty, stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp. W przypadku braku zadośćuczynienia wezwaniu przez wykonawcę, oferta jest nieważna na podstawie KC, co stanowi podstawę do jej odrzucenia z powołaniem się na wystąpienie przesłanek określonych w komentowanym przepisie.

Ponadto Odwołujący podniósł, że oferta STRABAG jest sprzeczna z ustawą w zakresie terminu związania ofertą i zabezpieczenia wadium (wyboru oferty po terminie związania ofertą i niezabezpieczonej ważnym wadium).

Odwołujący wskazał, że termin związania ofertą STRABAG upływał 18 stycznia 2021 r., a termin ważności wadium 19 stycznia 2021 r. Zamawiający nie przekazał na żądanie Odwołującego korespondencji, która przedłużałaby te terminy, stąd zasadny jest wniosek, że nie zostały one przedłużone. Zdaniem Odwołującego utrzymanie nieprzerwanego stanu związania ofertą stanowi warunek sine qua non poddania w ogóle poszczególnych ofert badaniu i ocenie, a brak takiego oświadczenia jest równoznaczny ze stanem braku oferty w postępowaniu.

Odwołujący podniósł również, że oferta STRABAG jest sprzeczna z ustawą i treścią SIWZ, wobec złożenia kopii pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy przez osobę podpisującą ofertę. Zamawiający w treści SIWZ wymagał przedłożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii pełnomocnictwa.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp względnie również w zw. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że wykonawca STRABAG załączył do oferty załączono kopię zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów oraz kopię pełnomocnictwa, na co wskazuje opatrzenie tych dokumentów parafkami osoby składającej ofertę (A. K.). W tej sytuacji należało wezwać do ich uzupełnienia, a w razie niedokonania uzupełnienia, ofertę odrzucić, a wykonawcę wykluczyć, wobec niewykazania spełniania warunków udziału w zakresie potencjału technicznego.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykazane przez STRABAG zasoby własne nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazane w poz. 15 wykazu urządzeń walce HAMM DV + 90IVO-S oraz walca HAMM DV 65-VO posiadają masę odpowiednio 9,19 t i 7,86 t , nie potwierdzają zatem, by wykonawca dysponował walcami 8t i 12 t. Także w tej mierze konieczne było wystosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w dalszej kolejności wykluczenie wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz poprzedzających ją czynności badania i oceny ofert,

2)uznania za bezskuteczne zastrzeżenia przez STRABAG jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny,

3)ujawnienia Odwołującemu wyjaśnień STRABAG wraz z załącznikami,

4)powtórzenia czynności badania ofert,

5)odrzucenia oferty STRABAG jako zawierającej rażąco niską cenę,

a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – ewentualnie:

6)odrzucenia oferty STRABAG jako sprzecznej z ustawą i postanowieniami SIWZ,

względnie

7)odrzucenia oferty STRABAG wobec niewniesienia wadium (względnie nieprawidłowego wniesienia wadium)

ewentualnie również:

8)wezwania STRABAG, pod rygorem wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, do uzupełnienia dokumentów w postaci

–wykazu urządzeń technicznych, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu na poziomie wymaganym przez Zamawiającego;

–zobowiązania podmiotów trzecich, udostepniających zasoby wykonawcy, w oryginale;

9)nakazanie Zamawiającemu wezwania STRABAG, pod rygorem odrzucenia oferty, do złożenia oryginału pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę i pozostałe dokumenty w postępowaniu (A. K.)

10)4odrzucenia oferty STRABAG jako sprzecznej z ustawą i postanowieniami SIWZ oraz nieważnej z uwagi na brzmienie przepisów odrębnych

względnie

11)wykluczenia wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*.

Z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione 8 lutego 2021 r., do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, który zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących: nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na niewniesienie ważnego wadium, nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na niezłożenie oryginału pełnomocnictwa dla osoby podpisującej ofertę, nieodrzucenia oferty Strabag Sp. z o.o. ze względu na upływ terminu związania ofertą i niezabezpieczenie oferty wadium, zaniechania wykluczenia Strabag Sp. z o.o. z postępowania, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, z uwagi na przedłożenie zobowiązań do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich w formie kopii, zaniechania ujawnienia wezwania wykonawcy Strabag do wyjaśnienia ceny. Odwołujący oświadczył do protokołu, że nie podtrzymuje powyższych zarzutów.

Izba umorzyła również postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia przedstawionego przez Strabag Sp. z o.o. uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że uwzględnia ten zarzut, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec tego uwzględnienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz dowodów mających potwierdzać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W związku z tym, że pozostałe z podtrzymanych zarzutów odwołania, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na posiedzeniu, miały charakter ewentualny, tj. zostały podniesione na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego nieudostępnienia ww. wyjaśnień, Izba – wobec uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu głównego – odstąpiła od merytorycznego rozpoznania zarzutów ewentualnych.

Izba ustaliła, że Przystępujący przedstawił następujące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa:

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że informacje zawarte w dowodach od nr 1 do nr 12 (za wyjątkiem dowodu nr 2, 8 i 10) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca wyjaśnia, że zawarte dane są informacjami poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega, że wymienione wyżej informacje, wyjaśnienia i załączniki nie mogą być udostępniane i wnosi o:

1)utajnienie oraz

2)nie ujawnianie przez Zamawiającego informacji zawartych w dowodach nr 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12.

Zakres informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wskazany w dowodach oraz zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa częściach wyjaśnień, obejmuje oferty kontrahentów – będące wynikiem indywidualnych ustaleń wykonawcy. Zawarte tam informacje dotyczące zaproponowanych kwot, cen zaoferowane na poszczególne materiały jak i zasad współpracy niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą i mogą mieć znaczenie dla prowadzenia działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy (7.05.2014 r. KIO 802/14). Jak potwierdza orzecznictwo KIO informacja o cenach dostaw, usług i robót oferowanych przez podwykonawców może być przedmiotem zainteresowania ze strony konkurencji. Zastrzeżenie tych informacji znajduje uzasadnienie w obowiązującym orzecznictwie (23.04.2013 r. KIO 848/13). Również dane o sposobie kalkulacji oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 20 czerwca 2011 r. sygn. akt 1243/2011).

W stosunku do zastrzeżonych informacji spełnione są również przesłanki formalne uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. STRABAG Sp. z o.o. nigdzie nie ujawnia ani nie publikuje zastrzeżonych informacji. Nie jest możliwe uzyskanie przez podmioty prowadzące działalność konkurencyjną wiedzy w tym zakresie drogą zwykłą i dozwoloną – jak wyjaśnia możliwość uzyskania dostępu do informacji orzecznictwo SN na gruncie art. 11 ust. 4 UZNK. Jako źródło takiej wiedzy orzecznictwo sądów podaje ogólnodostępne czasopisma branżowe (...) foldery czy materiały o spółce (...), stronę internetową (...).

W celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji do opracowania ofert składanych przez nas w przetargach dostęp ma ograniczona liczba osób. Wszystkie osoby uczestniczące w przygotowaniu oferty zobowiązane są do zachowania w poufności informacji dotyczących zarówno przyjętych rozwiązań, jak i treści samej oferty. Krąg tych osób jest ograniczony i znany Spółce. Informacje pomiędzy członkami zespołu ofertowego przekazywane były przy użyciu technologii zapewniających bezpieczeństwo teleinformatyczne w ramach chronionej sieci. Obowiązujący w firmie system obiegu i zarządzania dokumentami (tak wewnętrznymi dokumentami spółki jak również przedstawionymi Zamawiającemu ofertami podwykonawców) uniemożliwia dostęp do objętych ochroną dokumentów i danych wykorzystywanych do sporządzenia oferty, dla pracowników i osób nie dedykowanych do bezpośredniej pracy z tymi dokumentami.

Zasady prowadzenia negocjacji ofert z podwykonawcami wymagają od ich uczestników zachowania poufności. Spółka nie publikuje i nie rozpowszechnia szczegółowych danych technicznych, technologicznych czy organizacyjnych związanych z wykonywaniem przez nią działalności. Informacje techniczne, technologiczne i informacyjne zastrzegane są przez STRABAG sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach czy wnioskach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w związku z tym nie podlegają ujawnieniu.

Wykonawca objął tajemnicą oferty podwykonawców, które zostały złożone Wykonawcy, a tym samym są dedykowane specjalnie na jego zindywidualizowane potrzeby w ramach niniejszego postępowania. Każda z ofert złożonych Wykonawcy została zindywidualizowana w odniesieniu do Wykonawcy w stosunku do standardowo stosowanych przez dany podmiot warunków handlowych. Ponadto oferty zostały pozyskane często z uwagi na trwającą przez lata współpracę stron, a także z uwagi na pozycję rynkową Wykonawcy, z którym współpraca handlowa jest dla ww. podmiotów atrakcyjna. Innymi słowy oferty podwykonawców czy dostawców, adresowane do Wykonawcy stanowią odzwierciedlenie wieloletniej obecności na rynku i jako takie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Skoro Wykonawca pozyskał korzystne, konkurencyjne oferty podwykonawców i dostawców, umożliwiające złożenie najkorzystniejszej cenowo oferty, to ma prawo doszukiwać się zagrożenia dla swoich interesów w przypadku uzyskania szczegółów tych ofert przez konkurentów. Konkurencyjni wykonawcy, rywalizujący ze STRABAG Sp. z o.o. na tym samym rynku, o te same zamówienia, będą bowiem dążyć w relacjach z tymi podwykonawcami do pozyskania analogicznych warunków współpracy.

Wartość gospodarcza ofert podwykonawców/dostawców podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. (...)

Wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przedmiotowych informacji:

- wprowadził w swojej organizacji obowiązkowe zachowanie w poufności informacji stanowiących wartość dla przedsiębiorstwa (Kodeks etyczny – Zasady postępowania – klauzula 2.4)

- ograniczył krąg pracowników swojej organizacji, którzy dostęp do tych informacji poprzez wydzielenie jednostki organizacyjnej i wprowadził zakaz ujawniania informacji stanowiących podstawę do sporządzenia oferty bez zgody zarządu osobom nie związanym z prowadzonym projektem,

- powołał pełnomocnika ds. bezpieczeństwa zajmującego się m.in. nadzorem nad przestrzeganiem Kodeksu Etycznego, w tym zasad poufności,

- wprowadził wytyczne dotyczące korzystania technologii informatycznych, które regulują zasady ochrony danych w ramach technologii informatycznych,

- wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Etycznego,

- udostępnił na stronie Kodeks Etyczny zapewniając jednocześnie swoich kontrahentów o przestrzeganiu przez pracowników koncernu STRABAG SE zasad poufności w zakresie informacji mogących leżeć w interesie jego klientów.

Dodatkowo wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne związane z przepływem danych polegające m.in. na wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp.

Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowników Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 Kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego (...).

Podsumowując działania jakie podjął STRABAG Sp. z o.o. obejmują środki prawne i fizyczne które mają na celu

utrzymanie tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności. Informacje utajnione przez STRABAG sp. z o.o. stanowią określony zbiór danych posiadających jako całość wartość gospodarczą. W tym miejscu – wyłącznie z ostrożności, należy podkreślić iż zbiór danych podlega ochronie prawnej nawet jeżeli jego poszczególne elementy podane zostały do publicznej wiadomości (wyrok SN z 22.02.2007 r., sygn. akt V CSK 44/2006).

Z uwagi na powyższe Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega, że ww. informacje nie mogą być udostępniane i wnosi o ich nie ujawnianie przez Zamawiającego, albowiem stanowią one dla Wykonawcy wartość gospodarczą, która zasługuje na ochronę prawną.

Do wyjaśnień Przystępujący załączył następujące dowody:

1)Rejestr umów ramowych,

2)Zestawienie sprzętów – zadanie 1,

3)Oferta cenowa mieszanek mineralno-asfaltowych,

4)Kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych netto pozycji kosztorysowych dla zadania 1 – części 1 zamówienia podstawowego o numerach 1-3, 6-7, 11, 12-15, 16-17, 18-20, 21, 22-24, 29, 31-32, 34, 35-37, 39,

5)Kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych netto pozycji kosztorysowych dla zadania 1 – części 1 z prawa opcji w pozycjach o numerach: 1-3, 6, 11, 12-14, 16, 17, 18-20, 22-24, 31, 35, 37, 39,

6)Oferta na taśmę uszczelniającą,

7)Oferta na materiały do regulacji i wymian urządzeń,

8)Porównanie wybranych cen jednostkowych Wykonawcy z cenami pozostałych oferentów: zadanie 1 (zakres podstawowy),

9)Umowa ramowa,

10)Opinia bankowa,

11)Oferta na zakres skropienia emulsją szybkorozpadową,

12)Kalkulacja szczegółowa ceny ofertowej netto pozycji kosztorysowej nr 16.

Zamawiający odmówił przekazania Odwołującemu złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz dowodów. W piśmie z 8 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował, że nie udostępnia tych dokumentów z uwagi na ich objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa oraz że trwa badanie zasadności tego zastrzeżenia. Następnie, 16 lutego 2021 r. Zamawiający wydał w tym zakresie decyzję nr NF 1/21 o odmowie udostępnienia informacji publicznej.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl zaś art. 8 ust. 3 ustawy, 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, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Zauważyć należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.:*Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych*.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie.

Z przywołanego przepisu wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W przypadku dokumentów składanych po tym terminie, należy przyjąć, że wykazanie to musi nastąpić równocześnie z ich złożeniem.

Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne

wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1)informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2)informacje 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,

3)uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą" odnosi się nie tylko do informacji „innej", ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też 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.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Przystępujący w ogóle nie dokonał zastrzeżenia samej treści wyjaśnień. Mimo że co innego Przystępujący twierdził na rozprawie, zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa nie wskazał, że są nim objęte wyjaśnienia. Przeciwnie, Przystępujący dwukrotnie podał, że zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa załączone do wyjaśnień dowody nr 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12. Świadczą o tym następujące fragmenty pisma Przystępującego:

Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że informacje zawarte w dowodach od nr 1 do nr 12 (za wyjątkiem dowodu nr 2, 8 i 10) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca wyjaśnia, że zawarte dane są informacjami poufnymi i niejawnymi, zawierającymi istotne dane o wartości gospodarczej i organizacyjnej Wykonawcy.

Z uwagi na powyższe Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega, że wymienione wyżej informacje, wyjaśnienia i załączniki nie mogą być udostępniane i wnosi o:

1)utajnienie oraz

2)nie ujawnianie przez Zamawiającego informacji zawartych w dowodach nr 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12.

Jednocześnie Przystępujący w żadnym fragmencie swojego pisma nie wskazał, aby określone fragmenty samych wyjaśnień zamierzał zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wniosku przeciwnego w żadnej mierze nie uprawnia wskazywany przez Przystępującego podczas rozprawy fragment: *Wykonawca na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zastrzega, że wymienione wyżej informacje, wyjaśnienia i załączniki nie mogą być udostępniane*. Zauważyć należy dwukrotnie precyzując zakres zastrzeganych informacji Przystępujący w sposób skonkretyzowany wskazał wyłącznie na część załączonych do wyjaśnień dowodów. Jeśli chodzi o treść wyjaśnień nie wskazał ani że zastrzega ich całość, ani że zastrzega określone fragmenty (i w żaden sposób nie oznaczył takich fragmentów). Nie zasługuje na aprobatę stanowisko Przystępującego, który wskazywał, że zastrzegł wskazane w piśmie dowody oraz te fragmenty wyjaśnień, które się do tych dowodów odnoszą. Takiego stwierdzenia nie ma w piśmie Przystępującego, a w świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek wskazać wprost, które informacje zastrzega. W związku z tym nie ma podstaw uznać, że Przystępujący dokonał zastrzeżenia wyjaśnień w jakiejkolwiek części.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający miał obowiązek ujawnić treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień oraz załączonych do wyjaśnień dowodów nr 2, 8 i 10, z tego powodu, że wykonawca nie dokonał ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do dowodów, co do których Przystępujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dowody nr 1, 3-7, 9, 11 i 12) w ocenie Izby zastrzeżenie to nie było skuteczne, Przystępujący nie sprostał bowiem ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia jest w znacznej mierze ogólnikowe, obejmujące gołosłowne deklaracje wykonawcy oraz liczne cytaty z orzecznictwa.

Po pierwsze, wskazując na wartość gospodarczą załączonych dowodów Przystępujący odniósł się do nich ogólnie i zbiorczo, wskazując, że obejmują one oferty kontrahentów, będące wynikiem indywidualnych ustaleń, a zawarte tam informacje dotyczą zaproponowanych cen i zasad współpracy. Odnosząc się do tych twierdzeń przede wszystkim zauważenia wymaga, że nie wszystkie dowody, które Przystępujący chciał objąć tajemnicą przedsiębiorstwa, zawierają wskazane przez niego dane. Żadnych informacji na temat cen czy zasad współpracy nie ma przykładowo w rejestrze zawartych umów ramowych, w których wskazane są wyłącznie strony umowy, ich numery, zakresy oraz informacje o ewentualnych aneksach. Informacji o wynegocjowanych z kontrahentami warunkach handlowych nie ma też w przedstawionych kalkulacjach cen dla poszczególnych pozycji kosztorysowych, gdzie podano przyjęte przez Przystępującego stawki robocizny i sprzętu, materiałów, kosztów pośrednich oraz zysku, nie są to więc dowody potwierdzające wynegocjowanie konkretnych, szczególnie korzystnych warunków współpracy z konkretnymi kontrahentami. Tymczasem w odniesieniu do kalkulacji ceny w uzasadnieniu zastrzeżenia przedstawiono tylko jedno

zdanie, odwołujące się do tezy z orzecznictwa: *Również dane o sposobie kalkulacji oferty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 20 czerwca 2011 r. sygn. akt 1243/2011).* Z uzasadnienia nie sposób natomiast powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat kalkulacje przedstawione przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić. Izba nie kwestionuje przy tym, że kalkulacja ceny w określonych okolicznościach może mieć wartość gospodarczą, warunkiem zachowania jej niejawności jest jednak wykazanie tej wartości przez wykonawcę. Ww. fragmentu uzasadnienia w najmniejszym stopniu nie można uznać za takie wykazanie.

Odnosząc się natomiast do dowodów w postaci oferty dostawców i podwykonawców zauważyć należy, że Przystępujący ogólnie tylko wskazał, że są one zindywidualizowane w stosunku do standardowych warunków handlowych i są wynikiem długotrwałej współpracy z Przystępującym. Jednocześnie Przystępujący nie odniósł się do ww. ofert indywidualnie, nie wykazał, aby poszczególne oferty obrazowały szczególnie atrakcyjne, niedostępne innym wykonawcom warunki handlowe. Nie wynika to również z treści tych ofert, które określają zaoferowane ceny czy stawki, nie wskazują jednak na zastosowanie upustów czy innych odstępstw od standardowych warunków. Uzasadnienie zastrzeżenia w tym zakresie jest na tyle ogólnikowe, że mogłoby być przedstawione w tym samym brzmieniu w każdym innym postępowaniu i w odniesieniu do każdej innej oferty handlowej czy umowy podwykonawczej. Co więcej, z przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia nie wynika, że kontrahenci Przystępującego również chronią poufność informacji zawartych w ofertach. Przystępujący wskazał jedynie na sposób ochrony informacji w jego przedsiębiorstwie, podczas gdy uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga również zachowania ich poufności przed drugą stronę będącą dysponentem informacji. Skoro nie wiadomo, czy określony kontrahent Przystępującego chroni poufność informacji przedstawionych w ofertach, to nie można stwierdzić, że zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jedynie w przypadku umowy ramowej stanowiącej dowód nr 9, jej treść potwierdza nałożenie na kontrahenta Przystępującego obowiązków dotyczących poufności informacji. Tym niemniej również ta umowa powinna zostać ujawniona, nie wykazano bowiem, jakie informacje w niej zawarte i dlaczego mają wartość gospodarczą.

O tym, że również kontrahenci Przystępującego chronią informacje przedstawione w ich ofertach nie świadczy przedstawiona w piśmie Przystępującego informacja, że Przystępujący *wprowadził dokument informujący podwykonawców o zobowiązaniu do przestrzegania przez pracowników firmy postanowień Kodeksu Etycznego*. Ze stwierdzenia tego wynika zdaniem Izby jedynie, że kontrahenci są informowani o tym, że pracownicy STRABAG zobowiązani są do przestrzegania Kodeksu Etycznego.

W odniesieniu do sposobu ochrony informacji w przedsiębiorstwie Przystępującego, w uzasadnieniu zastrzeżenia został przedstawiony szerszy wywód na ten temat, przy czym nie przedstawiono żadnych dokumentów, które uprawdopodobniłyby podane w tym zakresie informacje. Nawet jednak gdyby przyjąć, że są to informacje wiarygodne, zastrzeżenie informacji nie może zostać uznane za skuteczne w związku z niewykazaniem ich wartości gospodarczej.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz załączonych do wyjaśnień dowodów. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 554 ust. 1 pkt 1 nowej ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....