Sygn. akt: KIO 3762/21

WYROK
z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska

Robert Skrzeszewski

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 14 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg

Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Bydgoszcz,

przy udziale wykonawcy:

(A) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego; oraz

(B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KOBYLARNIA S.A., z siedzibą w Brzozie oraz MIRBUD S.A. z siedzibą Skierniewicach, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnić tabele złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: KOBYLARNIA S.A., z siedzibą w Brzozie oraz MIRBUD S.A. z siedzibą Skierniewicach stanowiące rozbicie cen ryczałtowych w wykazie płatności w pozycji III Roboty, odtajnić odpowiedzi w/w wykonawcy na pytania nr 3 -11, 13 -15, 17- 64, 65 - 66, 71, 84 - 85, 87, 90, 93 -102 zawarte w wyjaśnieniach z dnia 29 września 2021 r. oraz z dnia 27 października 2021 r., jak również odtajnić treść zapytania Zamawiającego nr 64 i udzielone przez w/w wykonawcę odpowiedzi w pismach z dnia 29 września 2021 r. oraz z dnia 27 października 2021 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Bydgoszcz i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Bydgoszcz na rzecz wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 3762/21

UZASADNIENIE

W dniu 27 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Porr S.A. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Skarb Państwa -

Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Bydgoszcz (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy

Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) treści wyjaśnień Konsorcjum Kobylarnia z dnia 29 września 2021 r. oraz z dnia 27 października 2021 r. oraz zaniechanie ujawnienia (odtajnienia) treści pytania ad 64 skierowanego przez Zamawiającego do Konsorcjum Kobylarnia w wezwaniu z dnia 20 października 2021 r. pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie zostały skutecznie zastrzeżone i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ponieważ wyjaśnienia te nie zawierają informacji, które można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa lub odnoszą się nie do sposobu kalkulacji oferty przez Konsorcjum Kobylarnia, ale do oferowanego przedmiotu zamówienia oraz jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego opisanym w dokumentach zamówienia; ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej zarzucam naruszenie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia jako niezgodnej z

warunkami zamówienia, podczas gdy Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie robót budowalnych nieuwzględniających wymagań Zamawiającego dla układu docelowego drogi (przekrój 2x3) w zakresie określonym przez Zamawiającego oraz opisanym w [pkt. 1.1.3.1 PFU (TOM III SWZ)];

3) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia pomimo tego, że jej cena jest rażąco niska, a Konsorcjum Kobylarnia nie wykazała, że realności zaoferowanej ceny;

4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kobylarnia, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia lub co najmniej Zamawiający powinien przez dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej dokonać odtajnienia (ujawnienia) treści wyjaśnień

Konsorcjum Kobylarnia z 29 września i 27 października 2021 r. oraz treści wezwania z 20 października 2021 r. w zakresie w jakim informacje zawarte w tych pismach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") odwołania i jego uwzględnienie w całości, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 15 grudnia 2021 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kobylarnia; nakazanie Zamawiającemu odtajnienie (ujawnienie) treści wyjaśnień Konsorcjum Kobylarnia z dnia 29 września 2021 r. oraz dnia 27 października 2021 r.: (a) w zakresie w jakim wyjaśnienia te nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym m.in. rozbicia cen ryczałtowych w Wykazie płatności w pozycji III ROBOTY, według asortymentu robót opisanego w tabeli zawartej w treści wezwania Zamawiającego z dnia 15 września 2021 r., (b) w zakresie w jakim wyjaśnienia odnoszą się do oceny zgodności oferty Kobylarnia z dokumentacji zamówienia tj. w szczególności odpowiedzi na pytania nr 3-11, 13-15, 17- 64, 65-66, 71, 84-85, 87, 90, 93- 102 oraz odtajnienia pytania ad 64 z wezwania Zamawiającego z dnia 20 października 2021 r., nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem jest wykonanie projektu i budowa drogi ekspresowej S10 Bydgoszcz-Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód. W toku Postępowania zostało złożonych 8 ofert. Dowód: informacja z otwarcia ofert (w aktach Postępowania).

Zamawiający w toku oceny złożonych ofert wezwał, na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ppkt 1 PZP, Konsorcjum Kobylarnia do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający w wezwaniu wymagał przedstawienia szczegółowych informacji na temat ceny oferty, a także przedstawienie rozbicia ceny ofertowej na wyszczególnione elementy (zgodnie z tabelą załączoną przez Zamawiającego), a nadto odpowiedzi na dodatkowej pytania dotyczące treści oferty („Wezwanie 1"). Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15.09.2021 r. do Konsorcjum Kobylarnia (w aktach Postępowania). Konsorcjum Kobylarnia odpowiedziało na Wezwanie 1 pismem z dnia 29.09.2021 r., które zastrzegło w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa (dalej jako „Wyjaśnienia 1"), pomimo tego, że nie wszystkie informacje w nim zawarte mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowód: pismo Konsorcjum Kobylarnia z dnia 29.09.2021 r. (w aktach Postępowania). Zamawiający pismem z dnia 20.10.2021 r. wezwał ponownie Konsorcjum Kobylarnia do złożenia dalszych wyjaśnień („Wezwanie 2"). Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r. (w aktach Postępowania). Konsorcjum Kobylarnia udzieliła dalszych wyjaśnień pismem z dnia 27.10.2021 r., które ponownie (bezpodstawnie) zastrzegło w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa (Wyjaśnienia 2"). Dowód: pismo Konsorcjum Kobylarnia z dnia 27.10.2021 r. (w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum Kobylarnia i w dniu 15 grudnia wybrał ofertę Konsorcjum Kobylarnia jako najkorzystniejszą w Postępowaniu. Działanie Zamawiającego jest nieprawidłowe, a Odwołujący kwestionuje je w zakresie wynikającym z komparycji odwołania.

Odwołujący wskazał, że kwestionuje zasadność i możliwość zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Wyjaśnień 1 i 2 złożonych przez Konsorcjum Kobylarnia. Podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia jest jego jawność, co oznacza, że dokumenty złożone przez wykonawców w toku postępowania powinny być dostępne dla innych wykonawców. Wyjątek od tej zasady wynika z przepisu art. 18 ust. 3 PZP, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może jednak zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 PZP, w tym w szczególności dotyczących ceny złożonej oferty. W Postępowaniu Konsorcjum Kobylarnia zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa treść Wyjaśnień 1 i 2. Nie wszystkie jednak informacje wynikające z tych pism Konsorcjum Kobylarnia stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd też nie mogły zostać utajnione, a Zamawiający powinien je odtajnić. Zamawiający jednak zaniechał takiej czynności.

Odwołujący wskazał, że w Wezwaniu 1 Zamawiający oczekiwał między innymi, aby Konsorcjum Kobylarnia przedstawiło rozbicie ceny oferty i przedstawienie ceny za wykonanie poszczególnych elementów zgodnie z tabelą przedstawioną przez Zamawiającego. Tabela ta składała się z 16 pozycji tj.:

(a) Roboty przygotowawcze

(b) Roboty ziemne

(c) Odwodnienie

(d) Podbudowy

(e) Nawierzchnie

(f) Roboty wykończeniowe

(g) Oznakowanie dróg i urządzenia bezpieczeństwa ruchu

(h) Obiekty inżynieryjne niepełniące funkcji ekologicznej

(i) Obiekty inżynieryjne pełniące funkcję ekologiczną

(j) Ekrany akustyczne

(k) Infrastruktura towarzysząca

(l) Zieleń - nasadzenia

(m) Inne roboty (niesklasyfikowane w innych elementach rozliczeniowych)

(n) ITS

(o) MOP

(p) Remonty

Konsorcjum Kobylarnia było zobowiązane do podania ceny netto i brutto za wykonanie powyższych pozycji. Z tej tabeli zatem powinno wynikać rozbicie ceny za wykonanie robót budowlanych. W ofercie bowiem wystarczające było złożenie Wykazu płatności, z których wynikało wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie wszelkich robót. Dopiero zatem w wyniku Wezwania 1 Konsorcjum Kobylarnia przedstawiło podział swojego wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Należy jednak podkreślić, że z takiego podziału wynikają jedynie informacje dotyczące łącznego wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Z takiego jednak podziału nie wynikają natomiast żadne informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jest to bowiem jedynie rozbicie ceny za wykonanie robót budowlanych na poszczególne zakresy prac, z których wynika jedynie zryczałtowane wynagrodzenie Konsorcjum Kobylarnia. Tym samym takie informacje nie są tajemnicą przedsiębiorstwa Konsorcjum Kobylarnia.

Konsorcjum Kobylarnia w piśmie z dnia 29.09.2021 r. stanowiącym uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa twierdziło, że z zastrzeżonych dokumentów wynikają elementy cenotwórcze kalkulacji ceny ofertowej, kalkulacje własne oraz informacje na temat sposobu realizacji zamówienia. Żadna taka informacja nie wynika z wypełnionej tabeli, o której mowa było powyżej.

Tak naprawdę rozbicie ceny za wykonanie robót budowlanych jest nadal informacją dotyczącą ceny oferty, która zgodnie z art. 222 ust. 5 pkt 2 PZP w zw. z art. 18 ust. 3 PZP nie może zostać zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Takie stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie KIO, np. w uchwale z dnia 2 sierpnia 2018 r. o sygn. KIO/KU 30/18.

W związku z powyższym, Konsorcjum Kobylarnia nie było uprawnione do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wypełnionej tabeli (opartej na wzorze Zamawiającego) przedstawiającej rozbicie ceny za wykonanie robót budowlanych na poszczególne zakresy. Jednocześnie z takiego dokumentu nie wynikają jakiekolwiek informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. W konsekwencji powyższego Zamawiający powinien był odtajnić tę informację czego zaniechał.

Konsorcjum Kobylarnia zastrzegło również jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wyjaśnienia 1 i 2 w zakresie odpowiedzi na dodatkowe pytania Zamawiającego. Zamawiający w Wezwaniu 1, oprócz wezwania do wyjaśnienia ceny oferty w kontekście rażąco niskiej ceny, zadał szereg dodatkowych pytań mających na celu ustalenie czy oferta Konsorcjum Kobylarnia jest zgodna z warunkami zamówienia. Pytania te, w przeważającym zakresie, w szczególności pytania nr 311, 13-15, 17-64, 65-66, 71, 84-85, 87, 90, 93- 102, zmierzały jedynie do potwierdzenia czy Konsorcjum Kobylarnia w swojej ofercie uwzględniło wymagania Zamawiającego wynikające z SWZ, PFU lub innych dokumentów zamówienia przekazanych wykonawcom. W związku z tym odpowiedzi na te pytania nie powinny być utajnione, bowiem odnoszą się one jedynie do potwierdzenia zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego. Z Wezwania 1 jednoznacznie wynika, że Zamawiający w zakresie wskazanych wyżej pytań oczekiwał jedynie potwierdzenia od Konsorcjum Kobylarnia, że poszczególne elementy zostały ujęte przez niego w ofercie. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 15.09.2021 r. do Konsorcjum Kobylarnia (w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego, powyższe niejako potwierdza sam Zamawiający, który w ramach Wezwania 2, formułuje dodatkowe pytania dotyczące Wyjaśnień 1 złożonych przez Konsorcjum Kobylarnia, których treść jest jawna dla wszystkich wykonawców. Oznacza to zatem, że pierwotne odpowiedzi Konsorcjum Kobylarnia nie zawierają informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Kobylarnia nie wynika, aby odpowiedzi na pytania dotyczące zgodności oferty z warunkami zamówienia miały zawierać jakiekolwiek informacje mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Kobylarnia zatem nie wykazało, że te odpowiedzi mogły rzeczywiście zawierać informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Zamawiający powinien odtajnić Wyjaśnienia 1 i 2 w zakresie w jakim Konsorcjum Kobylarnia odpowiada na pytania Zamawiającego dotyczące ustalenia zgodności oferty z jego wymaganiami, tj. w szczególności w zakresie odpowiedzi na pytania 3-11, 13-15, 17-64, 65-66, 71, 84-85, 87, 90, 93 - 102.

Zarzuty ewentualne

Odwołujący podniósł również zarzuty ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu zaniechania odtajnienia wyżej opisanych dokumentów złożonych przez Konsorcjum Kobylarnia. Zgodnie z orzecznictwem KIO, np. o sygn. 239/19, KIO 2033/19, w przypadku nakazania przez Izbę odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum Kobylarnia jako tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący powinien mieć możliwość analizy takich dokumentów i sformułowania wobec nich ewentualnych dalszych zarzutów. Odwołujący nie może bowiem zweryfikować prawidłowości oceny oferty Konsorcjum Kobylarnia przez Zamawiającego. Dopiero zatem odtajnienie dokumentów, o których mowa w zarzucie 1, pozwoli na ocenę czynności Zamawiającego. Tym samym stawiane w trakcie aktualnego

postępowania odwoławczego zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Kobylarnia oraz niezgodności treści tej oferty z dokumentami zamówienia mogą okazać się przedwczesne, jeżeli Izba uwzględni zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia dokumentów Konsorcjum Kobylarnia.

W związku z powyższym, Odwołujący postawił te zarzuty jako ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 1 dotyczącego zaniechania odtajnienia Wyjaśnień 1 i 2 w zakresie wskazanym powyżej.

ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY KONSORCJUM KOBYLARNIA Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA

Ponadto, Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia objętego Postępowaniem jest zaprojektowanie i wybudowanie odcinka drogi S10. Zamawiający w dokumentach zamówienia uwzględnił, aby wykonany projekt budowlany umożliwiał rozbudowę drogi z 2 pasmowej na 3 pasmową. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem zaprojektowanie i wybudowanie drogi, która pozwoli na osiągnięcie docelowej wielkości tj. 2 kierunkowej drogi i 3 pasach ruchu w każdym kierunku (2x3). Wynika to przede wszystkim z pkt. 1.1.3.1., w którym wskazano, że przekrój budowlany to 2 kierunkowa droga o dwóch pasach ruchu (2x2), natomiast przekrój docelowy to 2x3. W tym kontekście Zamawiający oczekiwał również, aby:

2.14.1 geometria projektowanej i budowanej drogi uwzględniała jej docelowy przekrój, np. w kontekście węzłów, łącznic, przejazdów, innych dróg, dodatkowych jezdni (pkt 1.1.3.2. PFU).

2.14.2 odwodnienie drogi zostało wyliczone dla docelowego przekroju (1.1.3.5. PFU i 2.1.19 PFU).

2.14.3 Zagospodarowanie terenu uwzględniało przekrój docelowy (2.1.17.1. PFU).

2.14.4 Urządzenia do podczyszczania dróg opadowych były zlokalizowane zgodnie z docelowym przekrojem drogi (2.1.13 PFU).

2.14.5 Rozpiętość przęseł i usytuowanie podpór obiektów nad drogą ekspresową uwzględniało jej docelowy przekrój (2.1.16.1.2. PFU).

2.14.6 Szerokość drogi uwzględniała jej docelowy przekrój (2.1.16.1.3 PFU)

Dowód: Program Funkcjonalno-Użytkowy stanowiący Tom III SWZ (w aktach Postępowania).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający swoje wymagania dotyczące sposobu wykonania zamówienia w kontekście układu docelowego przedstawił również w ramach wyjaśnienia treści SWZ, w szczególności zestaw 4 odpowiedź na pytanie O.3_128.26, oraz w zmianach do SWZ, np. zmiana nr 32. Dowód: wyjaśnienia treści SWZ oraz zmiany SWZ (w aktach Postępowania)

Odwołujący wskazał, że powyższe wymagania dotyczące układu docelowego drogi były przedmiotem dodatkowego pytania Zamawiającego wynikającego z Wezwania 1 - pytanie nr 65. Zamawiający zażądał wyjaśnienia, czy Konsorcjum Kobylarnia przewidziało wykonanie robót budowlanych przy uwzględnieniu wymagań dla ruchu docelowego (przekrój 2x3). Zamawiający oczekiwał, aby Konsorcjum Kobylarnia przedstawiło zakładane parametry i lokalizację elementów przekroju normalnego drogi ekspresowej w zakresie pasa dzielonego, jezdni rowów i poboczy. Konsorcjum Kobylarnia w Wyjaśnieniach 1 przedstawiło swoją odpowiedź (treść objęta tajemnicą przedsiębiorstwa), jednak wzbudziła ona wątpliwości Zamawiającego, który w Wezwaniu 2 wskazał na rozbieżności pomiędzy treścią odpowiedzi Konsorcjum Kobylarnia a przedstawiony przekrojami. Dowód: pismo Konsorcjum Kobylarnia z dnia 29.09.2021 r. (w aktach Postępowania), pismo Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r. (w aktach Postępowania), pismo Konsorcjum Kobylarnia z dnia 27.10.2021 r. (w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że Konsorcjum Kobylarnia błędnie przeanalizowało wymagania Zamawiającego wynikające z SWZ i nie uwzględniło w ofercie

przekroju docelowego drogi 2x3. Potwierdzają to przekroje drogi złożone przez Konsorcjum Kobylarnia. Jakkolwiek, treść odpowiedzi Konsorcjum Kobylarnia jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa (kwestionowaną w ramach zarzutu 1), należy stwierdzić, że prawdopodobnie przekroje przedstawione przez Konsorcjum Kobylarnia nie uwzględniają układu docelowego drogi (2x3), co powoduje, że oferta Konsorcjum Kobylarnia jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przekrój drogi uwzględniający docelowy układ powinien bowiem przewidywać dodatkowe miejsce na trzeci pas ruchu w każdym kierunku. To powoduje natomiast, że szerokość drogi powinna być większa niż w układzie drogi 2x2. Dowód: Przekrój drogi dla układu 2x2 (Załącznik nr 5), Przekrój drogi dla układu 2x3 (Załącznik nr 6).

W ocenie Odwołującego nieuwzględnienie przez Konsorcjum Kobylarnia wymagań Zamawiającego dotyczących docelowego przekroju drogi powoduje, że cena oferty tego wykonawcy jest znacznie niższa niż cena pozostałych ofert. To właśnie fakt nieuwzględnienia powyżej opisanych wymagań Zamawiającego przez Konsorcjum Kobylarnia pozwoliło na uzyskanie najniższej ceny spośród innych ofert. Uwzględnienie bowiem wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi powoduje znaczące koszty wykonania robót budowlanych. Przede wszystkim ma to wpływ na koszty:

2.21.1 prac ziemnych (większy zakres prac, z uwagi na konieczność przygotowania szerszych nasypów pod drogę, umożliwiających w przyszłości wykonanie pasa 3),

2.21.2 obsiewu/hydroobsiewu - konieczność jego wykonania na większej powierzchni niż w przypadku drogi w układzie 2x2. Miejsce na trzeci pas ruchu powinno zostać obsiane.

2.21.3 odwodnienia - konieczność zastosowania innych urządzeń z uwagi na większą ilość wody opadowej przy układzie docelowym,

2.21.4 wykonania wiaduktów (WS i WD), mostów, przejść dla zwierząt w ciągu drogi - długość wiaduktu powinna być dłuższa i uwzględniać dodatkowy, trzeci pas ruchu w każdym kierunku.

Koszt tych prac powoduje, że cena oferty Konsorcjum Kobylarnia w zakresie wykonania Robót powinna być wyższa o nawet 7%.

2.22 Zaniechanie uwzględnienia konieczności wykonania zamówienia uwzględniającego przekrój docelowy drogi powoduje również, że Konsorcjum Kobylarnia zaniżyła koszty ogólne wykonania zamówienia. Potwierdzają to poniższe okoliczności:

2.22.1 przyjęty czas realizacji zadania jest krótszy, co znajduje swoje przełożenie w krótszym okresie zatrudnienia kadry, zaangażowaniu sprzętowym i organizacyjnym

2.22.2 mniejszy zakres robót ziemnych i konstrukcyjnych - ma wpływ na mniej napięte łańcuchy logistyczne, oraz mniejsze narażenie wykonawcy na roszczenia z tytułu napraw nawierzchni.

2.22.3 globalne ryzyko związane z prowadzeniem projektu jest mniejsze - z uwagi na mniejszą skalę czynników i krótszy okres narażenia na ich wystąpienie

2.22.4 przepływy pieniężne rozłożone są na krótszym odcinku czasu - co pozwala na uzyskanie bardziej korzystnej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa

2.22.5 okres gwarancji jest skrócony, a sam zakres obejmuje mniejszą ilość elementów

poddanym potencjalnym defektom

2.22.6 mniejszy zakres robót ma wpływ na mniejszy zakres prac projektowych

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że nieuwzględnienie w ofercie wymagań dotyczących docelowego przekroju drogi ma znaczący wpływ na cenę oferty i powoduje brak możliwości wykonania zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Jednocześnie oferta taka jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi przede wszystkim z PFU, co powinno powodować odrzucenie oferty. Zamawiający zaniechał podjęcia takiej czynności wobec oferty Konsorcjum Kobylarnia, pomimo tego, że z Wyjaśnień 1 wynika, że Konsorcjum Kobylarnia nie uwzględniła wymagań Zamawiającego dotyczących docelowego przekroju drogi. Z kolei jak wynika z pytania ad. 65 (pismo Zamawiającego z 20 października 2021 r.), pomimo stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności z wymaganiami SWZ Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty, ale prowadził dalsze wyjaśnienia, które miały doprowadzić do zmiany oferty Konsorcjum Kobylarnia i zapewnieniu jej zgodności z SWZ - działania takie należy jednak zakwalifikować jako niedozwolone negocjacje treści oferty

wykonawcy w rozumieniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

ZARZUT RAŻĄCO NISKIEJ CENY OFERTY KONSORCJUM KOBYLARNIA

Z ostrożności procesowej, Odwołujący podniósł również, że cena oferty Konsorcjum Kobylarnia jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem. Wynika to przede wszystkim z faktu, że cena oferty Konsorcjum Kobylarnia odbiegała o niemal 40% od szacunkowej wartości zamówienia. Nadto cena oferty była znacznie niższa od ceny pozostałych ofert. Jednocześnie, biorąc pod uwagę, że Konsorcjum Kobylarnia nie uwzględniło wymagań Zamawiającego odnoszących się do przekroju docelowego drogi (2x3), należy stwierdzić, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum Kobylarnia. Jednocześnie, nie istnieją okoliczności faktyczne umożliwiające wykazanie realności takiej ceny.

W ocenie Odwołującego w związku z powyższym, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Konsorcjum Kobylarnia z uwagi na to, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało realności takiej ceny.

Izba ustaliła co następuje:

Nr oferty	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena (PLN brutto)
1	BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa	473 464 350,18
2	Konsorcjum: KOBYLARNIA S.A. - Lider konsorcjum Kobylarnia, ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza MIRBUD S.A. - Partner konsorcjum ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice	425 869 442,92
3	Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. - Lider ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot NDI SOPOT S.A. - Partner ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot	481 143 020,40

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Projekt i budowa drogi ekspresowej SIO Bydgoszcz-Toruń, odcinek 3 od węzła Solec do węzła Toruń Zachód.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożonych 8 ofert.

	„SP' Sine Midas Stroy" Sp. z o.o. - Partner ul. Burabay nr 1393/30, Aktobe 090000, Kazachstan działająca przez „SP' Sine Midas Stroy" Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Cybernetyki 193, 02-677 Warszawa	
4	POLAQUA sp. z o.o. ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno	491 680 559,16

5	PORR S.A. ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa	463 377 900,00
6	Mota-Engil Central Europe S.A. ul. Opolska 110, 31-323 Kraków	482 567 789,00
7	STRABAG sp. z o.o. ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków	519 686 335,24
8	Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie	477 240 000,00

Zamawiający oświadczył, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi: 705 300 558,81 PLN.

Izba ustaliła, że w toku badania i oceny ofert, Zamawiający wezwał 7 wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia w celu ustalenia, iż nie są to ceny rażąco niskie.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 września 2021 r., na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ppkt 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum Kobylarnia do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający w wezwaniu wymagał przedstawienia szczegółowych informacji na temat ceny oferty, a także przedstawienie rozbicia ceny ofertowej na wyszczególnione elementy (zgodnie z tabelą załączoną przez Zamawiającego), a nadto odpowiedzi na dodatkowej pytania dotyczące treści oferty.

Izba ustaliła, że Konsorcjum Kobylarnia odpowiedziało na w/w wezwanie pismem z dnia 29.09.2021 r., które zastrzegło w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca do wyjaśnień załączył uzasadnienia zastrzeżenia treści pisma jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20.10.2021 r. wezwał ponownie Konsorcjum Kobylarnia do złożenia dalszych wyjaśnień. Zamawiający zastrzegł treść pytania nr 64 jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Kobylarnia. Konsorcjum Kobylarnia udzieliła dalszych wyjaśnień pismem z dnia 27.10.2021 r., które w całości zastrzegło w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że:

- wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny firm: POLAQUA Sp. z o.o. oraz Mota-Engil Central Europe S.A. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości;

- wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny firmy PORR S.A. zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w całości za wyjątkiem pierwszych dwóch stron wyjaśnień z dnia 29.09.2021r.;

- wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny firmy BUDIMEX S.A. zostały zastrzeżone zgodnie z pismami z dnia 29.09.2021r. oraz z dnia 26.10.2021 r.;

- wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny Konsorcjum Wykonawców w składzie Kobylarnia S.A. - Lider oraz MIRBUD S.A. Partner Konsorcjum zostały zastrzeżone zgodnie z pismami z dnia 29.09.2021r. oraz z dnia 27.10.2021 r.;

- Firmy: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. oraz

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI S.A. - Lider, NDI SOPOT S.A. - Partner, „SP" Sine Midas Stroy" Sp. z o.o. - Partner, nie złożyły stosownych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego dotyczących zaoferowanej ceny.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK. W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnić następujące dokumenty złożone przez Konsorcjum Kobylarnia: (i) tabele złożone przez wykonawcę stanowiące rozbicie cen ryczałtowych w wykazie płatności w pozycji III Roboty, odpowiedzi wykonawcy na pytania nr 3 -11, 13 -15, 17- 64, 65 - 66, 71, 84 - 85, 87, 90, 93 -102 zawarte w wyjaśnieniach z dnia 29 września 2021 r. oraz z dnia 27 października 2021 r., jak również treść zapytania Zamawiającego nr 64 i udzielone przez wykonawcę odpowiedzi w pismach z dnia 29 września 2021 r. oraz z dnia 27 października 2021 r.

Izba wskazuje na wstępie, że podstawową zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawność postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp). W związku z powyższym możliwość objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa stanowi wyjątek i jako taki winien być stosowany ściśle. Zasada jawności postępowania jest naczelną zasadą postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika ona z zawartego w art. 61 Konstytucji prawa każdego obywatela do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, zwłaszcza w sytuacji, w której organy te dysponują środkami publicznymi. Ograniczenie zasady jawności możliwe jest wyłączenie w ściśle określonych sytuacjach, wskazanych przez ustawodawcę. Z takim wyjątkiem mamy do czynienia w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem umożliwia wykonawcom zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstw. Należy podkreślić, że warunkiem sine qua non do uznania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w pierwszej kolejności zastrzeżenie przez wykonawcę takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz równoczesne wykazanie przez wykonawcę, iż spełniały się ustawowe przesłanki do ich zastrzeżenia. Niedochowanie takiego trybu ochrony informacji skutkuje obowiązkiem zamawiającego ich ujawnienia.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W dotychczasowym orzecznictwie sądowym, na podstawieUZNK formułuje się tezę, że na tajemnicę przedsiębiorcy składają się dwa elementy: materialny (informacja o określonej treści, mająca wartość gospodarczą) oraz formalny - wola utajnienia danych informacji. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią informacje znane jedynie określonemu kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności. Informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej, jako niedostępnej dla osób trzecich. Oba te elementy - przesłanki uznania określonej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa - mają charakter obiektywny. Stwierdzenie ich istnienia nie może się opierać wyłącznie na przekonaniu samego przedsiębiorcy, wymaga odwołania się obiektywnych kryteriów i poddania ich analizie w okoliczności faktycznych konkretnej sprawy. Okoliczności te winny być wykazane przez wykonawcę w treści uzasadnienia składanego zamawiającemu uzasadniającego zastrzeżone określonych informacji.

Należy wskazać, że celem regulacji dotyczących możliwości kwalifikowania określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorcy jest niewątpliwie ochrona informacji, które mają wartość gospodarczą - są istotne z punktu widzenia funkcjonowania na wolnym rynku w kontekście konkurencyjności względem innych podmiotów, prowadzących działalność w tym samym czy podobnym zakresie lub segmencie rynku, bądź - z innego powodu - zainteresowanych uzyskaniem określonych danych w celu ich wykorzystania w opozycji do

interesu danego podmiotu gospodarczego w ramach działalności rynkowej. Jednakże pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa nie sposób odnosić do prób utajniania wszelkich informacji, które mogą mieć jakąkolwiek wartość gospodarczą dla podmiotów działających na rynku, w szczególności, gdy nie są one użyteczne w grze rynkowej dla podmiotów konkurencyjnych. Stąd właśnie w judykaturze ukształtował się jednolity pogląd, że o tym czy coś może stanowić prawnie chronioną tajemnicę przedsiębiorstwa przesądza nie tylko jego wola utajnienia danej informacji (element subiektywny), lecz także występowanie obiektywnie akceptowanych wartości, których ochrona uzasadnia objęcie danych informacji tajemnicą. Zatem, należy podkreślić jeszcze raz, że tajemnica przedsiębiorstwa, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma charakter obiektywny, nie można jej subiektywizować w oparciu jedynie o oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę, które to osoby - z istoty rzeczy - nie będą zainteresowane ujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, zwłaszcza w kontekście dążenia do uzyskania zamówienia publicznego i ryzykiem weryfikacji przez innych wykonawców prawidłowości interpretacji wymagań zmawiającego zawartych w SWZ, a w konsekwencji wyceny przedmiotu zamówienia. Gdyby przyjąć odmienne założenie, to tajemnicą przedsiębiorstwa byłoby wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, także w drodze czynności kwalifikowanych (np. poprzez zamieszczenie odpowiedniej klauzuli). Interpretacja dopuszczająca możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorcy informacji na podstawie wyłącznie subiektywnych deklaracji przedsiębiorcy musi być uznana za wadliwą. Przyjęcie takiego stanowiska czyniłoby bowiem fikcyjnym wynikającą z ustawy Pzp jawność postępowania przetargowego, a w konsekwencji fikcyjnym byłoby prawo do rzetelnej weryfikacji poprawności wydatkowania środków publicznych przez zamawiających.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający dokonał błędnej oceny uzasadnienia Konsorcjum Kobylarnia w zakresie zastrzeżenia wyjaśnień wykonawcy z dnia 29 września oraz 27 października 2021 r. Zdaniem Izby, wykonawca w złożonym uzasadnieniu nie wykazał zasadności zastrzeżenia treści wyjaśnień, w tym żądnego przez Odwołującego wykazu rozbicia cen ryczałtowych oraz udzielnych odpowiedzi wykonawcy na pytania nr 3 -11, 13 -15, 17- 64, 65 - 66, 71, 84 - 85, 87, 90, 93 -102.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że Konsorcjum Kobylarnia zastrzegło całą treść ww. dokumentów. Wykonawca wskazał, że informacje zawarte w dokumentach są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż spełniają ustawowe wymogi ochrony wynikające z UZNK, są informacjami gospodarczymi i organizacyjnymi, stanowią cenne know - how wykonawcy, dotyczą szczegółowego sposobu działania oraz organizacji, klientów, rynku zbytu i mają realną wartość gospodarczą. Wykonawca wskazał, że zastrzeżone informacje dotyczą założonych optymalizacji w zakresie rozwiązań technicznych i technologicznych, szczegółowe kalkulacje przedstawiają przyjęte do oferty czynniki cenotwórcze. Ich ujawnienie zagraża interesom wykonawcy, gdyż daje możliwość ich wykorzystania w celu zachwiania jego pozycji konkurencyjnej i umożliwi jego konkurentom zdobycie przewagi na rynku. Zdaniem Izby możliwość powoływania się na ochronę określonych informacji związanych z działalnością przedsiębiorstwa wymaga określenia przez wykonawcę albo precyzyjnych informacji jakie winny zostać objęte ochroną i wykazania w stosunku do tak wyselekcjonowanych informacji przesłanek koniecznych do ochrony albo wykazania przez wykonawcę, że określone zestawienie informacji podlega ochronie z uwagi na spełnienie przesłanek ustawowych. Izba zaznacza, że w przypadku żądania przez wykonawcę objęcia ochroną określanego zestawienia informacji (vide: treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Kobylarnia), wykonawca winien wykazać w treści uzasadnienia znaczenia takiego zestawienia informacji dla konkurencji w kontekście możliwości jego wykorzystania i utraty przez wykonawcę pozycji rynkowej. Nie stanowi wykazania przytoczenie brzmienia art. 11 ust. 2 UZNK. W ocenie Izby obowiązkiem wykonawcy - Konsorcjum Kobylarnia - było wykazania obiektywnej wartości gospodarczej zestawienia informacji zawartych w wyjaśnieniach, wartości sięgającej poza ramy tego konkretnego postępowania czy określonego elementu tych wyjaśnień.

Izba wskazuje, że Konsorcjum Kobylarnia w treści uzasadnienia, poza ogólnymi stwierdzeniami o istotnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, know- how wykonawcy, w rzeczowości żadnej wartości gospodarczej nie wykazało w zakresie utajnionych dokumentów. Nie można zgodzić się ze stwierdzeniem wykonawcy zawartym na stronie 4, iż wartość gospodarczą należy interpretować subiektywnie. Jak Izba wskazała powyżej, gdyby opierać się wyłącznie na subiektywnych twierdzeniach wykonawców, to w

kontekście zamówień publicznych, utajnieniu mogłyby podlegać wszelkie informacje, a to stoi w sprzeczności z zasadami wydatkowania środków publicznych. Wartość gospodarcza podlega ocenie w kategoriach obiektywnych. Dalej Izba wskazuje, że Konsorcjum Kobylarnia nawet hipotetycznie nie wyjaśniło w jaki sposób ujawnienia treści wyjaśnień - odpowiedzi na zapytania Zamawiającego - umożliwi jego konkurentom zdobycie przewagi na rynku. Ponownie wykonawca ogranicza się do ogólnych twierdzeń. Również stwierdzenie, iż ujawnienie wyjaśnień spowoduję zniweczenie strategii wykonawcy wypracowanej na potrzeby realizacji inwestycji publicznych w rzeczywistości nic nie wnosi do sprawy. Gdzie została opisana ta strategia wykonawcy, na czym ona się opiera nie zostało wskazane przez wykonawcę. Analiza zaś złożonych wyjaśnień skłania do wniosku, iż są to wyłącznie założenia wykonawcy co do realizacji konkretnego zamówienia, w konkretnych uwarunkowaniach określonych przez Zamawiającego w PFU. Nie można również zgodzić się z wykonawcę, że ujawnienie treści wyjaśnień narazi go na szkodę w postaci uzyskania przez konkurentów informacji na temat potencjalnych kontrahentów (podwykonawców), sposobu działania oraz jego struktury organizacyjnej. Wykonawca po pierwsze nie wskazał na jakich stronach wyjaśnień takie informacje są zamieszczone. Po drugie, nie wykazał, że takie informacje są informacji poufnymi. Izba podkreśla, że Konsorcjum Kobylarnia regularnie uczestniczy w zamówieniach publicznych, realizując kontrakty publiczne. W tym kontekście, za racjonalne uznać należy założenie, że informacja o korzystaniu z podwykonawców w zakresie prac budowalnych czy projektów jest publicznie dostępna, gdyż dotyczy publicznych inwestycji. Konsorcjum Kobylarnia w żaden zaś sposób nie wykazało, że informacje te były skutecznie chronione w poprzednich postępowaniach i w czasie realizacji inwestycji.

Izba podkreśla również, iż o tym czy określone zestawienie informacji stanowi tajemnice przedsiębiorstwa nie może przesądzać wyłącznie okoliczność ich zestawienia przez wykonawcę w jednym dokumencie. Sama okoliczność zestawienia określonych informacji w dokumencie, który nie jest publicznie dostępny nie oznacza automatycznego przypisania takiemu zestawieniu obiektywnej wartości gospodarczej. Gdyby przyjąć tak szerokie rozumienie wartości gospodarczej informacji, to każdy dokument przygotowany przez wykonawcę mógłby być uznany za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca wymaga jednakże wykazania przez przedsiębiorcę, że takie zestawienie informacji ma obiektywną wartość gospodarczą, która ujawniona innym podmiotem działającym na rynku może przynieść potencjalną szkodę wykonawcy. W analizowanym stanie faktyczny Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało na czym polega autorskie i unikalne zestawienie informacji. Wyjaśnienia stanowią odpowiedzi na zapytania Zamawiającego i opierają się o wytyczne wskazane w PFU. Jeśli Konsorcjum Kobylarnia jak twierdziło na rozprawie zwarło w odpowiedzi na 64 i 65 swoje autorskie rozwiązanie co do przyjętych założeń projektowych, to zastrzeżeniem powinno objąć te właśnie odpowiedzi wykazując ich autorski i unikalny charakter. Tego zaś wykonawca nie uczynił wskazując w uzasadnieniu, że zastrzega całość wyjaśnień. Trudno uznać odpowiedzi wykonawcy zawarte w treści wyjaśnień zawierające ogólne potwierdzenie o uwzględnianiu kosztów wynikających z prac wskazanych w PFU przez Zamawiającego za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę i zdaniem Izby ich zestawienie w jednym dokumencie nie nadaje im przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zdaniem Izby Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało w jaki konkretnie sposób ujawnienie owych indywidualnych autorskich rozwiązań narazi wykonawcę na utratę pozycji rynkowej. Utożsamianie obiektywnej wartości gospodarczej z możliwością utraty zamówienia z powodu zakwestionowania przez innych wykonawców poprawności przyjętych założeń projektowych, a tym samym wyceny przedmiotu zamówienia nie stanowi obiektywnej wartości gospodarczej podlegającej ochronie. Gdyby tak szeroko rozumieć zakres ochrony wynikający z art. 11 UZNK, to narzędzie to służyłoby wykonawcom do uniemożliwienia innym podmiotom weryfikacji ich rzetelności, co, zdaniem Izby, byłoby nieuprawnione, szczególne w świetle zasad wynikających z art. 18 ustawy Pzp.

Nie mogą stanowić dowodu na wykazanie obiektywnej wartości gospodarczej twierdzenia Konsorcjum Kobylarnia, że poznanie zasad, według których wykonawca kalkulował ceny za realizację poszczególnych elementów wskazanych w tabelach złożonych przez wykonawcę stanowiących rozbicie cen ryczałtowych w wykazie płatności w pozycji III Roboty naraża go na ryzko utraty pozycji rynkowej, gdyż inni wykonawcy poznają w jego strategię cenotwórczą. Zdaniem Izby są to ponownie ogólne twierdzenia wykonawcy nieuzsadniające uznania wyliczeń zawartych w tabelach za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie opierając się na informacjach zawartych w SWZ, wykonawca dokonał określonych szacunków kosztów realizacji zamówienia, zaś ich finalna kwota znalazła odzwierciedlenie w globalnej cenie za realizację zamówienia. W ocenie Izby poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to

kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tabelach Odwołujący przedstawił nic innego, jak tylko właśnie kalkulację zaproponowanej ceny, przyjętą na potrzeby konkretnego postępowania, przy uwzględnieniu konkretnych zapisów PFU, co podważa obiektywną wartość gospodarczą ujętych w niej informacji. Wykonawca nie wyjaśnił jako owe kalkulacje mogłoby być wykorzystanie przez jego konkurentów na rynku zamówień publicznych.

Odnosząc się do przesłanki braku wcześniejszego ujawniania informacji oraz podjęcia działań mających na celu zachowanie w poufności zastrzeżonych informacji, Izba wskazuje, że ogólność twierdzeń Konsorcjum Kobylarnia nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca wykazał spełnienie warunków określonych w art. 11 ust. 2 UZNK. Izba wskazuje, że w złożonych uzasadnieniach Konsorcjum Kobylarnia wielokrotnie oświadczyło, że zastrzeżone informacje nie zostały wcześniej przekazane od wiadomości publicznej, wskazało na wdrożone w swoim przedsiębiorstwie rozwiązania systemowe, przedstawiło oświadczenia pracowników IT o wdrożonych system bezpieczeństwa informacji. Zdaniem Izby, jest wiedzą powszechną, że takie działania są podejmowanymi powszechnie przez przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Każdy z podmiotów stara się chronić dane we własnej firmie przed dostępem osób nieuprawnionych, także z uwagi na obowiązujące coraz szerzej przepisy prawa, które nakazują ochronę np. danych osobowych. Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało natomiast w jaki szczególny sposób chroni przed dostępem poszczególnych osób te informacje, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu. Nie zidentyfikowało osób mających dostęp do takich dokumentów, jak również nie wykazało w jaki konkretnie sposób osoby te zostały poinstruowane o charakterze informacji zawartych w dokumentach i konsekwencjach związanych z ich ujawnienie. Powyższe prowadzi do wniosku, że Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało podjęcia, przy zachowaniu należytej staranności, działań celu utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznał za błędną decyzję Zamawiającego o uznaniu zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum Kobylarnia wyjaśnień z dnia 29 września oraz 27 października 2021 r. Izba podkreśla, że jawność postępowania przetargowego ma istotne i fundamentalne znaczenie dla rozwoju konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Jest narzędziem gwarantującym możliwość weryfikacji prawidłowości wyceny ofert wykonawców, co z kolei przekłada się na późniejszą prawidłową realizację zamówienia. Zasada jawności postępowania i zasada ochrony informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa na gruncie ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia pomiędzy dwoma konfliktującymi wartościami. Z jednej strony prawem wykonawców do weryfikacji zasadności wyceny kosztów realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony prawem ochrony określonego i zidentyfikowanego zakresu informacji dotyczącego danego przedsiębiorstwa, którego ujawnienie może narazić wykonawców na utratę pozycji rynkowej czy określone i identyfikowane straty ekonomiczne. Przy czym jak Izba wskazała, ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, Konsorcjum Kobylarnia nie wykazało, a jedynie stwierdziło, że zastrzegane informacje są informacjami o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Obowiązek wykazania nałożony na wykonawcę nie może być utożsamiany z ogólnym uzasadnieniem, sprowadzającym się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 UZNK lub stwierdzenie, że określone informacje posiadają przymioty pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby o tym czy mamy do czynienia z informacją zasługująca na ochronę decyduje charakter informacji, obiektywna wartość gospodarcza, nie zaś fakt zamieszczania informacji w wyjaśnieniach i stwierdzenia, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Konsorcjum Kobylarnia zastrzegało całość

wyjaśnień złożonych Zamawiającemu, jednakże wykonawca nie wykazał w treści złożonego uzasadnienia, że takie zestawienie ma obiektywną wartość gospodarczą, z której mogliby w sposób nieuprawniony skorzystać inni wykonawcy, poza ramami przedmiotowego postępowania przetargowego. Wyjaśnienia Konsorcjum Kobylarnia dotyczą konkretnego postępowania, konkretnych uwarunkowań w jakich inwestycja będzie realizowana, zaś wykonawca nie wykazał w jaki sposób zestawienie takich specyficznych informacji może być wykorzystanie przez inne podmiotu na rynku, w innych postępowaniach.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny i uwzględniła odwołanie nakazując Zamawiającemu odtajnienie wnioskowanego przez Odwołującego zakresu wyjaśnień Konsorcjum Kobylarnia.

Zarzuty ewentualne podniesione w odwołaniu

Izba wskazuje, że Odwołujący w treści odwołania postawił następujące zarzuty ewentualne tj. (i) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy Konsorcjum Kobylarnia zaoferowało wykonanie robót budowalnych nieuwzględniających wymagań Zamawiającego dla układu docelowego drogi (przekrój 2x3) w zakresie określonym przez Zamawiającego oraz opisanym w [pkt. 1.1.3.1 PFU (TOM III SWZ)]; (ii) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lub art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia pomimo tego, że jej cena jest rażąco niska, a Konsorcjum Kobylarnia nie wykazała, że realności zaoferowanej ceny; oraz (iii) zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Kobylarnia, podczas gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia lub co najmniej Zamawiający powinien przez dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej dokonać odtajnienia (ujawnienia) treści wyjaśnień Konsorcjum Kobylarnia z 29 września i 27 października 2021 r. oraz treści wezwania z 20 października 2021 r. w zakresie w jakim informacje zawarte w tych pismach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy.

W tym zakresie Izba wskazuje, że powyższe zarzuty z uwagi na uwzględnienie zarzutu głównego, nie były przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę. Izba wskazuje, że od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty konsorcjum Kobylarnia, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.

Mając na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....