Sygn. akt: KIO 2519/ 22
Sygn. akt: KIO 2533/ 22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2022 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę: Mota-Engil Central Europe S.A.

z siedzibą w Krakowie

2. w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Trakcja S.A., Mosty Łódź S.A. z siedzibą lidera w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2519/ 22 oraz KIO 2533/ 22 po stronie zamawiającego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Trakcja S.A., Mosty Łódź S.A. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2519/ 22 po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2519/ 22 w zakresie naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR

Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r.;

2. w pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2519/22;

3. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2533/ 22 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej

ceny z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r.;

4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22 obciąża zamawiającego w części 1/3 i odwołującego w części 2/3, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 267 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2533/22 obciąża zamawiającego, i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

5.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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: .....

Sygn. akt: KIO 2519/ 22
Sygn. akt: KIO 2533/ 22

UZASADNIENIE

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

(Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach z siedzibą w Kielcach) - dalej: „zamawiający” prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów - Kielce, odcinek Kielce (S7 Węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73); nr referencyjny: O.Ki.D-3.2410.1.2022.jr (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 marca 2022 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 048-123527.

W dniu 26 września 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostały wniesione odwołania przez: (1) wykonawcę: Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący 1” lub „Mota-Engil”) oraz (2) wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A.,

Trakcja S.A., Mosty Łódź S.A. z siedzibą lidera w Warszawie (dalej „odwołujący 2" lub „Konsorcjum Polimex"), wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. (dalej: „Intercor") jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Intercor jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3. art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadku nie określonym ustawą, wskutek zaniechania ujawnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „uznk") tj. części dokumentu obejmującego wyjaśnienia Intercor z dnia 22 lipca 2022 r. dotyczące ceny oferty.

Zarzucając powyższe, odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności uznania za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części dokumentów obejmujących wyjaśnienia Intercor z dnia 22 lipca 2022 r. oraz 5 sierpnia 2022 r. dotyczące ceny oferty oraz udostępnienia odwołującemu 1 tych pism w całości / w zakresie obejmującym co najmniej wyjaśnienia Intercor, zawierające odpowiedzi na pytania wraz z załącznikami, bez ewentualnych ofert handlowych stanowiących informację poufną.

Odwołujący 1 w uzasadnieniu zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Intercor jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w pierwszej kolejności przypomniał, że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera cenę niższą o 34,46% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w niniejszym postępowaniu.

W odpowiedzi na żądanie zamawiającego do wyjaśnienia, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiego, wykonawca ten udzielił ogólnych, wręcz zdawkowych odpowiedzi, do tego dotyczących jedynie kwestii poruszanych w żądaniu zamawiającego, a zatem pomijając kwestię wyceny wielu istotnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Tym samym, Intercor nie obalił skutecznie ciążącego na nim domniemania prawnego,

iż zaproponowana w ofercie tego wykonawcy cena ma charakter rażąco niski. Jego obowiązkiem było udowodnienie, iż zaproponowana przez niego w ofercie cena ma charakter rynkowy, nie doprowadzi do wykonania zamówienia poniżej kosztów, nie ma na celu wyeliminowania z rynku konkurentów.

Dalej podkreślał, że w celu zadośćuczynienia temu obowiązkowi, koniecznością było przedstawienie przez niego szczegółowych kalkulacji obejmujących rozbicie wynagrodzenia na poszczególne elementy cenotwórcze, niezależnie od tego, że przedmiotem postępowania jest inwestycja wykonywana w formule „zaprojektuj i buduj" oraz niezależnie od okoliczności, iż cena za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy. Tego obowiązku Intercor nie wykonał. Tylko bowiem w ten sposób, zamawiający ma możliwość zweryfikowania czy cenę skalkulowano prawidłowo i czy uwzględniono w tych rachubach wszystkie elementy robót oraz ryzyka wpływające na koszt inwestycji.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2712/12 w którym Izba zwróciła uwagę, że celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny,
a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną

przez siebie cenę. Z tego powodu składane wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy.

W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Bez znaczenia dla powyższego obowiązku zdaniem Mota-Engil pozostaje kwestia, iż zamawiający w żądaniu wyjaśnienia czy oferta zawiera rażąco niską cenę, ograniczył się do zadania pytań ogólnych, „pasujących" do każdego postępowania i pominął szereg aspektów wpływających na niewłaściwą kalkulację przez Intercor ceny oferty w ramach tego zamówienia. W tym stanie, przedłożenie szczegółowego rozbicia ceny ofertowej na poszczególne jego składniki - stanowiło warunek sine qua non możliwości dokonania przez zamawiającego analizy rynkowego charakteru oferty. Zaniechanie Intercor zadośćuczynienia temu obowiązkowi powinno a limine stanowić podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący ponownie wskazał, iż obowiązek wykazania że cena nie ma charakteru rażąco niskiego spoczywał na Intercor niezależnie od faktu, iż zgodnie z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), wynagrodzenie za wykonanie zamówienia będzie miało charakter ryczałtowy. Okoliczność, iż wykonawcy składający ofertę nie byli zobowiązani

do wskazywania w formularzu oferty czynników cenotwórczych, nie modyfikuje w żadnym razie zakresu zobowiązania wynikającego z art. 226 ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowany jest pogląd, że zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty, a wezwanego wykonawcy z obowiązku wykazania, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiego (tak wyrok

KIO

z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 571/18).

Odwołujący zauważył, że 7 lipca 2022 r. Intercor został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym wezwaniu wskazane zostało m.in., że jego obowiązkiem jest potwierdzenie, że złożona oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w Programie Funkcjonalno - Użytkowym i WWiORB, będącymi załącznikami do PFU oraz Warunkach Kontraktu, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu, oraz czy oferta została należycie skalkulowana i czy nie jest zaniżona poniżej kosztów wykonania tego zamówienia. W celu powyższej weryfikacji zamawiający przygotował zestaw 47 pytań, które jego zdaniem pozwalały na ustalenie stopnia gotowości firmy do realizacji kontraktu. Zamawiający wykazał się podejściem standardowym w takim przypadku, znanym dla wszystkich oddziałów. Jedyne co jest zastanawiające po lekturze tych pytań, to zakres objęty tymi pytaniami. Zamawiający w swoich pytaniach zawarł zakres zamówienia obejmujący, zdaniem odwołującego 1, połowę zadania, natomiast pominął znaczące elementy kontraktu, które mają wpływ na wysokość oferty, które mogły zostać zaniżone, bądź pominięte. Liczba pytań była ograniczona, były ogólne oraz nie dotykały szczegółowych rozwiązań przyjętych w kontrakcie. Zdaniem
Mota-Engil ich głównym celem było potwierdzenie, iż wykonawca zastosował się do zapisów zawartych w PFU, natomiast w tej formie nie mogły wyjaśnić czy oferta jest kompletna oraz czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W celu udowodnienia założeń odwołującego 1 jako przykład wskazał, iż „standardem" dla innych oddziałów zamawiającego jest pytanie odnośnie potwierdzenia ujęcia w ofercie wszystkich obiektów inżynierskich wraz z przyjętymi parametrami, czasami zamawiający żąda udowodnienia spełnienia tych parametrów, poprzez przekazanie przykładowych rysunków koncepcyjnych. Takich pytań tutaj nie było, oczywiście pomijając ogólne pytanie odnośnie przyjętej technologii tunelu (pytanie nr 15 i 24) lub pytanie dotyczące konstrukcji przyjętej dla obiektu w ciągu DK73 (pytanie nr 46). Odwołujący 1 nadmienił, iż obiektów na kontrakcie było kilkanaście, w tym tak skomplikowane jak np. obiekt OH1 czy PP1. Z kolei odnośnie części drogowej standardem jest pytanie dotyczące przyjętych konstrukcji drogowych

dla poszczególnych dróg, tutaj zamawiającego interesowało jedynie czy przyjęto konstrukcję

sztywną czy półsztywną (pytanie nr 7). Z kolei w części robót branżowych zakres pytań ograniczył się w głównej mierze do CO, zastosowanych pompowni (pytanie nr 31 i 32), zbiorników (pytanie nr 34), linii światłowodowej (pytanie nr 35) oraz ogólnej informacji odnośnie zweryfikowania infrastruktury kolidującej i odwodnienia (pytanie nr 8 i 37). Zdaniem odwołującego 1 dodatkowo należało uwzględnić w pytaniach tak ważne kwestie jak: pytanie odnośnie przebudowy magistrali wodociągowej, pytania z zakresu budowy kanalizacji deszczowej (poza przepompowniami) w szczególności zastosowany materiał do budowy tej sieci, pytania z zakresu obliczeń zlewni które powinny być zgodne z wymaganiami DŚU, pytania dotyczące przebudowy sieci gazowych, pytania odnośnie oświetlenia ulicznego czy przebudowy kolizji WN, pytania dotyczące ekranów akustycznych.

Niezależnie od powyższego zamawiający zawarł jednak na końcu pisma informację, iż oczekuje wszelkich dowodów na potwierdzenie wyjaśnień oraz, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Intercor w przekazanych wyjaśnieniach z 5 sierpnia 2022 r., odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego. Odwołujący 1, mający dostęp do jawnej części wyjaśnień, zwrócił uwagę, iż odpowiedzi zajęły jedynie 16 stron z 25 przekazanych zamawiającemu. Intercor

na tych kilku stronach rzekomo przekonał zamawiającego co do poprawności swojej oferty.

Mota-Engil wskazał, że przedmiotowe odpowiedzi były niewyczerpujące. Dodatkowo z przyporządkowania załączników do danych odpowiedzi wynika, iż nie przekazano żadnych dowodów w postaci kalkulacji, przedmiarów, rysunków czy zestawienia kosztów, które potwierdzają przyjętą wartość oferty.

Następnie, przechodząc do analizy odpowiedzi, odwołujący 1 zwrócił uwagę, że zamawiający w pytaniach m.in. nr 26-30, 33, 36, 39, 44 czy 47 poprosił o podanie wartości wybranych elementów składowych. Wykonawca, jak w odpowiedzi, podał wybrane wartości do wiadomości zamawiającego. Jednakże nie ma możliwości weryfikacji takiej wartości, bez bardziej wnikliwej analizy jaką jest otwarcie kalkulacji, dołączenie zestawienia globalnego poszczególnych kosztów w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych lub przekazania kosztorysu na podstawie którego przygotowano ofertę. Bez takich danych nie można wyjaśnić czy wskazane wartości są poprawnie skalkulowane oraz, co ważne, w całości dają wartość przyjętej oferty uwzględniający wszystkie koszty łącznie z kosztami pośrednimi, odpowiednim ryzykiem oraz zyskiem. Kolejne pytania m.in. nr 16 i 29 dotyczyły cen jednostkowych za 1 m3 robót ziemnych. Taka analiza jest jak najbardziej na miejscu, jednakże ma to znaczenie tylko w przypadku, gdy zostaną przekazane zamawiającemu ilości oraz założenia przyjęte
do kalkulacji tych cen. W innym przypadku zamawiający nie ma możliwości weryfikacji czy przyjęte ceny nie są niedoszacowane. Odwołujący 1 wskazał także, że powyższe elementy nie zostały zawarte w odpowiedziach na pytania nr 10 czy 11, jako że zamawiający powziął za słuszne dodatkowe wyjaśnienia odnośnie kalkulacji ceny w pozycji nr 29.

Z dodatkowych wyjaśnień Intercor (z 5 sierpnia 2022 r.) można wywnioskować, iż Intercor nie przeprowadził kalkulacji tej pozycji, a jedynie oparł swoje wyliczenia na cenie podwykonawczej. Zdaniem odwołującego 1 nie udowodniono nawet dla tej pozycji poprawności kalkulacji. Wszystko to powoduje, że wyjaśnienia Intercor są niedokładne i ogólne, nie dające podstaw do przyjęcia, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Dodatkowo w wezwaniu znajdują się także pytania dotyczące ogólnych założeń m.in. dotyczących geodezji (pytania nr 3-5), biura projektowego (pytanie nr 1 i 2) czy nadzorów (pytanie nr 40), jak również pytania o założenia dotyczące kontraktu m.in. odnośnie dostaw betonu cementowego (pytanie nr 12) czy mieszanki MMA (pytanie nr 13). Odwołujący 1 wskazał w tym zakresie, iż odpowiedzi na te pytania powinny mieć uwiarygodnienie w kalkulacjach, a przedstawienie ofert (jak zakłada odwołujący 1 - tak się stało) nie oznacza, iż zostały one przyjęte do kalkulacji kontraktu. To samo dotyczy odpowiedzi dotyczących zaplecza wykonawcy (pytania nr 42 i 44).

Dalej odwołujący 1 podniósł, że zamawiający powziął wątpliwości odnośnie dwóch odpowiedzi, dotyczących kalkulacji odwozu ziemi na odkład oraz przepompowni, dlatego 5 sierpnia 2022 r. wezwał Intercor do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Wynika z tego, iż tylko odpowiedzi na pytania nr 29 i nr 33 wzbudziły pewne wątpliwości zamawiającego.

Zamawiającemu wystarczyła wskazana wartość dla odpowiedzi na pytanie nr 26, dotycząca wartości robót bitumicznych czy odpowiedzi na pytanie nr 30 dotycząca robót z betonów konstrukcyjnych, które miały znaczący wpływ na cenę oferty, a zostały zaniżone (zawierają cenę rażąco niską). Zdaniem odwołującego 1, zamawiający powinien dopytać o rozbicie kalkulacji na wskazane powyżej prace, tak ważne dla całego zamówienia i stanowiące znaczący udział w cenie oferty wykonawcy.

Odwołujący 1 nadmienił, iż w jego opinii, wartość wskazanych w pytaniach zakresów, nie przekracza połowy wartości kontraktu, w związku z tym można wywnioskować, iż Intercor w ogóle nie złożył wyjaśnień dla zakresu całej oferty, a przesłane wyjaśnienia nie zawierają żadnych dowodów, które pozwalają udowodnić ich racjonalność. Zdaniem Mota - Engil zamawiający nie mógł poprawnie zweryfikować przyjętych założeń do oferty, a wykonawca nie udowodnił, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dopiero po analizie założeń kosztorysowych, opartych o zestawienia obiektów, branż kosztów pośrednich i bezpośrednich, wskazaniu przewidywanych założeń na ryzyka oraz zysk, można przeanalizować czy wszystko zostało dobrze oszacowane oraz czy cena nie jest rażąco niska.

Dodatkowo zwrócił uwagę, iż przekazane przez Intercor, w celu wyjaśnienia, oferty podwykonawców lub dostawców, bez wskazania ilości oraz sposobu ich wykorzystania, nie mogą być brane pod uwagę jako pełne wyjaśnienie rażąco niskiej ceny, jedynie jako dowód, iż wykonawca przeanalizował w jakimś stopniu rynek miejscowy. Rzetelne wyjaśnienia musiałyby jednak zawierać zestawienie wszystkich przekazanych informacji w jedną ofertę, a tego wykonawca nie przedłożył zamawiającemu. Obowiązkiem wykonawcy było udowodnienie, że zaproponowana kwota ma charakter rynkowy, pozwala na wykonanie zamówienia z zyskiem i nie jest ukierunkowana na nieuczciwe eliminowanie konkurentów.

Odwołujący 1 zwrócił następnie uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że udzielane wyjaśnienia, muszą być dogłębne i odnosić się szczegółowo do wszystkich elementów cenotwórczych, ale też w przypadku tak istotnej różnicy między szacunkami danego oferenta a wartościami przyjmowanymi przez zamawiającego i pozostałych wykonawców (tak jak ma się to w niniejszym postępowaniu) - szczegółowo, odnosząc się do poszczególnych elementów, wskazywać wyjątkowo korzystne warunki wykonania zamówienia i nadzwyczajne oszczędności dostępne tylko wykonawcy, z wyłączeniem pozostałych dużych przedsiębiorstw budowlanych działających na rynku. Nawet zatem rzetelne i szczegółowe przedstawienie poszczególnych składników ceny - czego zresztą Intercor nie dokonał - nie wystarczałoby do uznania jego wyjaśnień za skuteczne, jeżeli nie zawierałyby one - mieszczących się w wymogach SWZ i PFU - nadzwyczajnych rozwiązań dających możliwość złożenia temu wykonawcy oferty znacznie tańszej od szacunków zamawiającego (a co jest w ostatnich kilku latach ewenementem na rynku inwestycji budowlanych) i aż 130 milionów złotych niższej od oferty odwołującego 1.

Nawiązując do powyższego, zdaniem odwołującego 1, w przekazanych odpowiedziach Intercor nie udowodnił, iż zastosował specjalne optymalizacje bądź rozwiązana, które pozwoliły przyjąć tak niską cenę. Odpowiedzi wykonawcy były ogólne, nie miały poparcia
w dowodach, miały bardziej znaczenie jako oświadczenie wykonawcy, iż przyjęto rozwiązania standardowe, zgodne z wymaganiami zamawiającego. Takie oświadczenia znajdujemy m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 41 dotyczące organizacji ruchu lub w odpowiedzi na pytanie nr 31, gdzie wykonawca po prostu przeklejał informacje zawarte w PFU.

Mając powyższe na uwadze, skoro nie zastosowano żadnych specjalnych środków to cena oferty powinna znajdować się w granicach cen ofert pozostałych oferentów. Odwołujący 1 zwrócił uwagę również na to, iż zgodnie z oświadczeniem Intercor: w toku realizacji przedmiotu niniejszego zadania wykonawca korzystał będzie z wynajmowanego oraz własnego sprzętu w zakresie odpowiednim dla aktualnego zapotrzebowania. Wykonawca oświadczył, że jego doświadczenie zdobyte przy realizacji drogowych inwestycji infrastrukturalnych pozwala na założenie optymalnego wykorzystania sprzętu. Wykonawca nie przewiduje problemów z jego dostępnością, niemniej jednak również na taką okoliczność wykonawca będzie zabezpieczony. Tymczasem użycie własnego sprzętu nie może być brane pod uwagę jako element pozwalający obniżyć cenę oferty, gdyż stoi to w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy, zawartym w odpowiedzi na pytanie 25, że zamierza on podzlecić wszystkie roboty, poza wskazanymi w SWZ do osobistego wykonania.

Odnosząc się w dalszej części do zarzutów naruszenia art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Intercor jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że jej treść jest

niezgodna z warunkami zamówienia, odwołujący 1 zaznaczył, że z uwagi na bezpodstawne utajnienie oferty nie ma możliwości przeanalizowania dokładnie wyjaśnień, jednakże zwraca uwagę, iż brak przedstawienia zestawienia branż uwzględnionych w ofercie prowadzi do wniosku, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, iż jakiś zakres robót mógł zostać pominięty i nie został ujęty w ofercie wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 otrzymał jedynie lakoniczne „zapewnienie" iż wykonawca zweryfikował wszystkie branże zgodnie z zapisami PFU oraz dodatkowo

na „Geoportalu Kielce". Zdaniem odwołującego 1 nie zostało to w żaden sposób udowodnione. Te same wnioski można wyciągnąć odnośnie obiektów inżynierskich, konstrukcji nawierzchni oraz rodzaju materiałów użytych przy wycenie kanalizacji deszczowej.

Odwołujący 1 podnosił także, że prowadząc postępowanie zamawiający naruszył przepisy art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadku nie określonym ustawą, wskutek zaniechania ujawnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk w zakresie, w jakim Intercor zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Odwołujący 1 wskazał w pierwszej kolejności, że oceniając argumenty zawarte w uzasadnieniu Intercor - zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa - te w znacznej mierze są ogólne i powołują się na cechy przynależne wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Nie mają one jakiejkolwiek unikalnej wartości gospodarczej. W szczególności dotyczą one przywołanych przez Intercor w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyroków sądów, ogólnych zapewnień o posiadaniu przez zastrzeżone informacje istotnej wartości gospodarczej, bez skwantyfikowania tej wartości lub deklaracji o poniesieniu znacznej szkody majątkowej w przypadku ujawnienia tych informacji.

Z kolei w ocenie odwołującego 1, same wyjaśnienia, co można wywnioskować z części nieutajnionej, obejmują w przeważającej mierze rozwiązania techniczne czy organizacyjne

o charakterze powszechnym, typowym dla każdego wykonawcy robót budowlanych podobnej skali. W tym miejscu wskazał m.in. odpowiedź na pytanie nr 19 dotyczącą technologii murów oporowych, pytanie nr 24 odnośnie technologii budowy tuneli czy odnośnie budowy podziemnych zbiorników z pytania nr 34, gdzie technologia oraz zakres został wskazany

lub ograniczony w dokumentacji przetargowej i zastosowanie innej nie jest możliwe z prawnego i technologicznego punktu widzenia.

Ze względu na bezprawne utajnienie, odwołujący 1 nie ma graniczącej z pewnością wiedzy, że Intercor nie załączył do wyjaśnień szczegółowego rozbicia cenowego zaproponowanej ceny ogólnej wykonania zamówienia. Z treści pisma tego wykonawcy z 22 lipca 2022 r. oraz pisma z 5 sierpnia 2022 r., w zakresie tego co zamawiający udostępnił odwołującemu 1 wynika, że zestawienie takie nie zostało przekazane, gdyż dokument taki nie widnieje w spisie załączników do wyjaśnień. Odwołujący 1 zakłada zatem, iż lista załączników jest pełna. Jeżeli nie odpowiadałaby ona rzeczywistości - stanowiło to rażące naruszenie zasad jawności postępowania i równego traktowania wykonawców.

Zakładając jednak z daleko idącej ostrożności, że takowe zestawienie zostało jednak załączone do wyjaśnień, odwołujący 1 zarzucił, iż nie mogło ono zostać skutecznie wyłączone spod zasady jawności postępowania. Dotyczy to oczywiście też wartości, które znalazły się

w treści samych wyjaśnień z 22 lipca 2022 r. oraz z 5 sierpnia 2022 r., w odpowiedzi na pytania zamawiającego. Tak długo bowiem, jak wykonawca posługuje się założeniami kalkulacji

o charakterze powszechnym (koszty sprzętu i materiałów na podstawie ogólnodostępnych informacji z serwisu/kalkulatora kosztorysowego) i tak długo jak nie udowadnia on nadzwyczajnego ze względu na podmiot wykonawcy i indywidualnego charakteru tych obliczeń - nie może on skutecznie żądać utajnienia tych informacji. Trzeba bowiem pamiętać, że cena, a zarazem pojedyncze składniki składające się na nią - stanowi główne kryterium

wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący 1 przypomniał treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 6 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16 wywodząc na tej podstawie, że zarówno cena, jak też jej poszczególne składniki - już z samej swej istoty - jako przygotowane na potrzeby jednego, konkretnego postępowania i jedynie pośrednio związane z przyjętymi politykami danego wykonawcy - nie stanowią informacji, których, zgodnie z prawem, można by nie ujawniać pozostałym wykonawcom. W opinii odwołującego 1 zasada ta powinna dotyczyć zarówno sytuacji, gdy obowiązkiem wykonawcy było przedstawienie szczegółowego formularza cenowego już na etapie składania oferty jak i sytuacji, gdy został on do tego zobligowany na skutek wezwania zamawiającego o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i zaistnienia domniemania z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. To właśnie w oparciu jedynie o takie drobiazgowe rozbicie cenowe zamawiający może skutecznie ocenić czy wykonawca skutecznie obalił domniemanie, iż jego cena jest rażąco niska, natomiast ocena ta - jako newralgiczna i kluczowa czynność decydująca o wyborze danej oferty - powinna podlegać możliwie jak najszerszej kontroli pozostałych oferentów.

Odwołujący 1 przypomniał, że zgodnie z art. 18 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, zaś zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zasada jawności postępowania z kolei stanowi naczelną zasadę prawa zamówień publicznych, jest bowiem nieodzownym elementem kontroli działania zamawiających zgodnie z przepisami prawa, w tym nieodzownym czynnikiem pozwalającym na ocenę czy środki publiczne są wydatkowane w sposób gospodarny oraz czy zachowana została zasada prowadzenia postępowań z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kontrola ta odbywa się również poprzez działanie poszczególnych wykonawców, którzy mogąc powziąć informacje na temat naruszeń prawa przez konkurentów lub zamawiającego są w stanie skutecznie bronić swoich interesów przed właściwymi organami wymiaru sprawiedliwości. Stąd, przestrzeganie zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych jest absolutnie kluczowe dla prawidłowego funkcjonowanie tej części rynku, a wszelkie wyjątki od niej powinny wynikać z wyraźnej podstawy prawnej.

Oferta złożona przez Intercor objęta była domniemaniem prawnym, iż zawarta w niej cena ma charakter rażąco niski (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp), a zdaniem odwołującego 1, lakoniczne wyjaśnienia wykonawcy, pozbawione rozbicia ceny ogólnej na poszczególne jej składniki, nie obaliły tego domniemania. Jest zatem prawdopodobne, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SWZ, albowiem nie obejmuje zobowiązania do wykonania wszystkich elementów składających się na zamówienie oraz że zakłada wykonanie zamówienia poniżej kosztów. Stąd, odwołujący 1 zamierza powziąć informacje, które potwierdziłyby bądź wykluczyły zaistnienie takiej sytuacji, w takim zakresie, w jakim są one jawne i podlegają udostępnieniu pozostałym wykonawcom. Niezasadne utajnienie treści wyjaśnień Intercor de facto znacznie ograniczyło uprawnienie odwołującego 1 do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidziane w ustawie Pzp. Odwołujący pozbawiony został możliwości szczegółowego i skrupulatnego wykazania oraz poparcia konkretnymi przykładami - dlaczego cząstkowe wyceny poszczególnych elementów są zaniżone, a suma tych wycen nie pozwoli na zrealizowanie zamówienia bez poniesienia znacznej straty.

Swoje odwołanie w postępowaniu złożyło także Konsorcjum Polimex, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp, w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Intercor z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 18 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Intercor w dniach 22 lipca 2022 r. oraz 5 sierpnia 2022 r., pomimo, iż dokonane zastrzeżenie jako „tajemnicy przedsiębiorstwa" wyjaśnień i załączników do nich nie wypełnia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk, co doprowadziło do sytuacji, iż odwołujący 2 i inni wykonawcy pozbawieni zostali dostępu do pełnej treści wyjaśnień w celu dokonania ich oceny.

Wskazując na powyższe odwołujący 2 wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru w postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Intercor, przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz odtajnienia wyjaśnień (wraz z załącznikami) złożonych przez Intercor w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 22 lipca 2022 r. oraz 5 sierpnia 2022 r.

Konsorcjum Polimex, podnosząc powyższe zarzuty w pierwszej kolejności przypomniał, że zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad w systemie zamówień publicznych, a co za tym idzie ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych przepisami ustawy Pzp. Dalej zauważył, że stosownie do brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie, poszukując znaczenia pojęcia użytego w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp tj. "wykazania", zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2022 r. o sygn. KIO 880/22, w którym Izba wskazała, że dla uznania, iż wykonawca wykazał w rozumieniu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie złożenia dowodów potwierdzających,

że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa (tak też Izba w wyrokach z dnia 25 stycznia 2022 r. wydanym w sprawie o sygn. KIO 80/22 czy z dnia 9 lipca 2021 r. wydanym w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1611/21).

Co nie budzi również wątpliwości art. 18 ust 3 ustawy Pzp został rozwinięty w art. 11 ust. 2 uznk. W świetle tego ostatniego, aby informacja mogła zostać skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa muszą zostać łącznie spełnione poniższe przesłanki: (1) musi dotyczyć informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, (2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje nie mogą być powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie mogą być 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. Tym samym, niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest „wykazanie” przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk.

Odwołujący 2 podkreślił, że „informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inna” winna posiadać "wartość gospodarczą" dla wykonawcy posługującego się „tajemnicą przedsiębiorstwa”. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem Izby nie wystarcza samo 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. Ponadto, jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 4 września 2019 r., sygn. akt KIO 1626/19, KIO 1628/19): wartość gospodarcza informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 uznk przejawia się w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Krajowa Izba Odwoławcza, definiowała również pojęcie „wartości gospodarczej” w wyroku z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 458/18; 474/18) stwierdzając, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia z dnia 11 września 2014 r., sygn. akt II PK 49/14).

Mając na uwadze powyższe, odwołujący 2 sformułował następujące uwagi i zastrzeżenia do wyjaśnień Intercor w zakresie, w jakim objął on złożone wyjaśnienia, tajemnicą swojego przedsiębiorstwa.

Na wstępie zauważył, że przeważająca część uzasadnienia, dokonanego przez wykonawcę Intercor utajnienia złożonych wyjaśnień to cytaty z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych. Ponadto, wykonawca Inercor nie wykazał łącznego istnienia przesłanek z art. 11 ust 2 uznk, a utajnione przez niego informacje nie mają

przymiotu „informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa". Co więcej, wykonawca ten nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa" informacji. Swoje uzasadnienie zastrzeżenia jako „tajemnicy przedsiębiorstwa" złożonych wyjaśnień oparł na oświadczeniach i twierdzeniach własnych, a nieliczne dokumenty, które mają rzekomo zawierać dowody na legalność podjętych działań, budzą poważne wątpliwości co do ich rzetelności i przydatności do tego celu.

Odwołujący 2 podnosił, że uzasadnienie zastrzeżenia „tajemnicą przedsiębiorstwa" przedłożonych wyjaśnień, nie może stanowić co do zasady dokumentu „ad abstractum", odnoszącego się do ogólnych regulacji, uwiarygodnionego dowodami nie powiązanymi z treścią zastrzeganych informacji, ale przeciwnie, dokument taki cechować winna konkretność, a przedkładane dowody (dokumenty) winny być ściśle powiązane (skorelowane) z zastrzeganymi informacjami, do których winny wprost referować. W sprawie zawisłej przed Izbą sytuacja taka nie ma miejsca. Wykonawca Intercor przedkłada np. załącznik nr 8, nazwany przez niego „Lista osób biorących udział w postępowaniu przetargowym", w którym wskazuje osoby dedykowane niejako do działań w postępowaniu „Zaprojektowanie

i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów - Kielce odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73)". Nie wiadomo w istocie jaki jest jego sens przedłożenia (wykazania) i na jaką okoliczność to uczynił oraz co chciał przy jego pomocy wykazać, gdyż powyższe potwierdza, iż dokument taki powstał na etapie wyjaśniania ceny oferty i to dnia 21 lipca 2022 r., a zespół ukonstytuował się tego samego dnia.

Gdyby Intercor chciał faktycznie wykazać, iż osoby z załączonej przez niego listy (w zespołach czasowych lub stałych) pracują nad kalkulacją, treścią ofert i wyjaśnień, a także mają dostęp do wiedzy, którą wykonawca ten określa jako „tajemnicę przedsiębiorstwa"

w ujęciu art. 11 ust. 2 uznk (co z kolei implikuje obowiązek zachowania jej w poufności), to taka lista winna określać dzień powołania takiego zespołu, zawierać podpisy powołanych osób, podstawę powołania takiego zespół np. jak czynią to zamawiający tworzący Komisję przetargową, zakres wykonywanych przez każdą z osób prac, a nade wszystko dokument taki winien powstać przed złożeniem oferty, a nie w trakcie jej badania. Jeśli z kolei Intercor dysponuje dokumentem na podstawie którego cyklicznie lub na stałe powołuje takie zespoły, dla uwiarygodnienia „realności" przedstawionego załącznika nr 8 powinien był przywołać (zaprezentować) te procedury i, co wydaje się oczywiste, uczynić z nich środek dowodowy na poparcie swoich twierdzeń. Skoro tego nie zrobił oznacza to, że procedur takich nie wdrożył lub w najlepszym przypadku - nie wykazał zamawiającemu ich posiadania (nie dołączając ich do uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia).

W aktualnie trwającym postępowaniu Intercor nie powinien także przedstawiać „przykładowej umowy o pracę" (załącznik nr 11), dla zupełnie niemożliwej do identyfikacji osoby (z treści tej umowy nie można ustalić, czy osoba ta nadal pracuje u wykonawcy Intercor, umowa ta została zawarta stosunkowo dawno, bo w 2007 roku, a ponadto, jak sam to stwierdza, jest to „przykładowa umowa o pracę", a więc nie konkretna, zawarta z którąkolwiek z osób wskazanych na wyżej opisanej liście. Zdaniem odwołującego 2, aby udowodnić swoje twierdzenia, co do dokonanego zastrzeżenia, wykonawca Intercor przedłożyć winien umowy o pracę dla osób wykazanych w załączniku nr 8, konkretne zatem dla: C. J., K. J., Z. K., O. M., A. R.

i M. S. (a nie zupełnie anonimowy „przykładowy wzór umowy"). Pomocniczo wskazać należy, iż o tym, że „przykładowa umowa o pracę" ma charakter li tylko dowodu „blankietowego" świadczy fakt, iż trudno przyjąć, że dotyczy którejś z osób z załącznika nr 8, co jak się zdaje przesądza złożony pod umową podpis.

Największe jednak kontrowersje odwołującego 2, a tym samym i zamawiającego i Izby winien wzbudzić fakt, iż plik z załącznikiem nr 8 utworzony został 21 lipca 2022 r. o godz. 11:56:15, a więc jeden dzień przed jego złożeniem (co nastąpić miało wedle wezwania 22 lipca 2022 r.) wraz z wyjaśnieniami w przedmiocie ceny oferty Intercor, a już po wystosowaniu wezwania z dnia 7 lipca 2022 r. i co oczywiste po skalkulowaniu ceny oferty i jej złożeniu. Wskazany wyżej dowód potwierdza, że załącznik nr 8 „Lista osób biorących udział

w postępowaniu przetargowym", został wygenerowany tylko i wyłącznie na potrzeby związane z uzasadnieniem utajnienia złożonych wyjaśnień i wcześniej nie istniał. Gdyby było inaczej Intercor niewątpliwe przedstawiłby przedmiotowy dokument utworzony w dacie sprzed złożenia oferty w postepowaniu. Tymczasem wykonawca na str. 23 uzasadnienia

utajnienia wskazał: Dostęp do wskazanych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników wykonawcy - osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) oraz zarząd wykonawcy. Na dowód tego wykonawca załącza listę osób biorących udział w postępowaniu przetargowym (załącznik nr 8 do niniejszych wyjaśnień). Skoro wykazana w załączniku nr 8 grupa osób miała dostęp do informacji określanych przez wykonawcę Intercor jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in.

w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty, to wysoce wątpliwa wydaje się wiarygodność dokumentu wygenerowanego po złożeniu oferty, dopiero w związku z wezwaniem do wyjaśnienia ceny tejże oferty (a nawet dopiero na jeden dzień przed złożeniem tychże wyjaśnień).

Dokonana przez odwołującego 2 analiza pochodzącej od Intercor dokumentacji wskazuje, że w przygotowaniu oferty brały również inne osoby, niż te wskazane na liście stanowiącej załącznik nr 8 do wyjaśnień tego wykonawcy. Potwierdza to analiza właściwości plików złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Oba pliki stanowiące dokument wyjaśnień zostały utworzone przez Pana R. Z. (22.07.2022 godz. 11:16:00) i (5.08.2022 godz. 8:26:58) nie figurującego w załączniku nr 8, co potwierdza tylko tezę, że do dokumentów wyjaśnień i załączników z nimi złożonych miał dostęp szerszy krąg osób niż deklaruje wykonawca w swoich wyjaśnieniach. Świadczy to o tym, że były one upublicznione, nie objęte żadną specjalną ochroną i jako takie nie spełniały przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk, a więc

w konsekwencji winny zostać odtajnione. Wykonawca Intercor wskazał w swym uzasadnieniu do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (str. 23): Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników i innych osób do zastrzeganych informacji 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. W tym miejscu w sposób oczywisty nasuwa się spostrzeżenie, iż skoro Intercor przywołuje stosowanie wewnątrz organizacji procedur „wewnętrznego obiegu informacji", celem ograniczenia przepływu określonych danych, w tym tych stanowiących „tajemnicę przedsiębiorstwa", również po to by zawęzić krąg osób do których mogą one trafić, winien procedury te wykazać (przedłożyć), a nie jedynie deklarować ich istnienie. Powyższe wynika z orzecznictwa Izby, tak np. z wyroku z dnia 11 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 148/19.

Innymi dowodami, za pomocą których Intercor usiłuje wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji składanych w wyjaśnieniach są wykazane w załączniku nr 9 i 10: „Załącznik do regulaminu pracy" oraz „Regulamin pracy". W tym zakresie zdaniem odwołującego 2 należy zwrócić uwagę, że wymienione wyżej środki dowodowe nie odnoszą się do konkretnych okoliczności. Przeciwnie, wynika z nich, że w spółce Intercor obowiązywał „Regulamin pracy" z dnia 14 września 2007 r. oraz jak definiuje się „tajemnicę przedsiębiorstwa" (załącznik nr 9), co faktycznie sprowadza się do przytoczenia treści art. 11 ust. 2 uznk. Wskazać trzeba, iż przedłożony „Regulamin pracy" pochodzi z roku 2007 (podobnie jak załącznik do niego), sygnowany jest przez Prezesa Zarządu Z. B., podczas gdy aktualnie funkcję tą pełni Pan P. J. (vide: informacja aktualna z rejestru przedsiębiorców wykonawcy Intercor oraz oferta złożona w postępowaniu). Jak się wydaje

- w interesie wykonawcy powinno być przedkładanie dokumentów aktualnych, a nie historycznych, albowiem to na nim spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek zastrzeżenia „tajemnicy przedsiębiorstwa". Jak wynika z informacji wskazanych na str. 1 przedmiotowego „Regulaminu pracy" oraz w § 4: nawet aktualny adres Intercor m.in. podany w ofercie (42-400 Zawiercie, ul. Okólna 10) jest inny od tego z Regulaminu (ul. Paderewskiego 20). Co znamienne załącznik nr 10 („Regulamin pracy") obejmuje tylko część tego dokumentu i urywa się na trzeciej jego stronie.

Odwołujący 2 ponownie podniósł, że przeważająca część uzasadnienia dla utajnienia złożonych wyjaśnień z 22 lipca 2022 r. to cytaty z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów. W tym miejscu, by nie być gołosłownym przytoczył następujące zapisy: str. 17 uzasadnienia w całości poświęcona jest art. 11 ust 2 uznk oraz art. 18 ust 3 ustawy Pzp; na str. 18 przywołuje się szeroko wyrok KIO 289/16; podobnie niemal cała str. 19 to cytaty z wyroków KIO o sygn. KIO 149/16 i sygn. KIO 908/13; str. 20 z kolei to cytaty z wyroku KIO o sygn. KIO 908/13 i sygn. KIO 289/16; podobnie na str. 21 i 22 (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 968/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06) odnajdziemy w przeważającej mierze cytaty i przywołania z wyroków Sądu Najwyższego; str. 23 to przywołanie doktryny (Michalak A. Art. 11. W: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd., II. Wolters Kluwer, 2016) i

krótkie omówienie cytatu. Podobnie sytuacja wygląda w wyjaśnieniach opatrzonych datą 5 sierpnia 2022 r. Tym samym stwierdzić trzeba, iż przeważająca część uzasadnienia

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Intercor, to nieskuteczna w takiej sytuacji próba wykazania łącznego zaistnienia istnienia przesłanek z art. 11 ust 2 uznk i art. 18 ust 3 ustawy Pzp i co charakterystyczne - typowa w tego typu dokumentów - bo obejmująca teoretyczną próbę uwiarygodnienia słuszności utajnienia wyjaśnień w oparciu o cytaty z orzecznictwa

i doktryny, które co oczywiste nie mają ani charakteru indywidualnego, ani nie dotyczą złożonych wyjaśnień i zastrzeganych dokumentów.

Wątpliwość odwołującego 2 budzi także fakt, czy informacje, które zostały utajnione stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, wątpliwość taką budzi zastrzeżenie - jako tajemnicy przedsiębiorstwa - ofert podwykonawców, złożonych wraz z wyjaśnieniami. W kontekście przedstawionego na str. 18 uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa wywodu Intercor, w którym stwierdza, iż: Podkreślić należy, że treść ofert pozyskanych przez wykonawcę na potrzeby postępowania jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji - mało wiarygodne wydaje się twierdzenie, że w sytuacji jak opisana, tj. wieloletniej współpracy, w atmosferze wzajemnego zaufania stron, ujawnienie oferty podwykonawcy, jego nazwy czy choćby zakresu prac wpłynie na ugruntowane i stabilne relacje biznesowe.

Odwołujący 2 zauważył również, że z uwagi na obecną sytuację gospodarczą, wydaje się mało prawdopodobne, by oferty przedłożone wykonawcy Intercor przez podwykonawców były bezterminowe w odniesieniu do wysokości zaproponowanych cen. Retoryka zaprezentowana w uzasadnieniu zastrzeżenia (zgodnie z którą ich ujawnienie miałoby mieć wpływ na sytuację Intercor w przyszłych postepowaniach) wydaje się stworzona wyłącznie w konkretnym celu - utajnienia złożonych wyjaśnień. Trudno bowiem uwierzyć w takie uzasadnienie, zwłaszcza wziąwszy pod uwagę aktualną dynamikę wzrostu cen dostaw kruszyw, stali, mas bitumicznych i innych, gdyż ceny utajnionych ofert - wedle założeń prezentowanych w uzasadnieniu Intercor - musiałyby pozostawać na niezmiennym poziomie przez dłuższy czas. Z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, iż już nie są one aktualne, albowiem normą na rynku materiałów budowlanych jest czas wiązania ofertą przez 7/14,

a maksymalnie 30 dni, w sytuacji jednakże stabilnej i przewidywalnej gospodarki, z którą aktualnie nie mamy do czynienia. Jeśli przyjąć nawet, że Intercor w istocie pozyskał oferty na etapie kalkulacji ceny swej oferty (miesiąc czerwiec 2022) to w miesiącu sierpniu, gdy badano wyjaśnienia straciły one zapewne na aktualności, co powinno być szczególnie interesujące przy badaniu ceny oferty.

Odwołujący 2 zwrócił dodatkowo uwagę, iż wykonawca Intercor pominął w swoim uzasadnieniu dla zastrzeżenia „tajemnicą przedsiębiorstwa" złożonych wyjaśnień niezwykle kluczową kwestię, a mianowicie fakt, iż stosownie do postanowień ustawy Pzp treść umów o roboty budowlane z podwykonawcami musi być konsultowana z zamawiającym, a kopie umów w zakresie usług i dostaw przedkładane winny być zamawiającemu. Z treści uzasadnienia nie wynika, by w trakcie trwania tych procedur (a więc od kilku lat działania spółki) każdorazowo i przy każdym kontrakcie stosowano środki zapobiegające dostępowi do tych dokumentów. Poza tym, z uwagi na obowiązujące regulacje dotyczące dostępu do informacji publicznej nie wydaje się, aby takie zastrzeżenia mogły być skuteczne. Tym samym z powyższego wynika, iż informacje o podwykonawcach Intercor można w sposób legalny pozyskać od zamawiających w tym właśnie trybie. Wykonawca Intercor nie wykazał, że podjął inne kroki zmierzające do ograniczenia dostępu do nazw podwykonawców, stawek w umowach zawartych, załączników do tych umów i że uczynił to na tyle skutecznie, iż niemożliwym jest uzyskanie dostępu w ww. trybie. Kwestią analogiczną jest przedkładanie oświadczeń podwykonawców o braku zaległości finansowych ze strony wykonawcy. I tu brak informacji by Intercor chronił takie dane, które zresztą również mogą zostać pozyskane w ramach udostępniania informacji publicznej.

Z uwagi na powyższe oraz brak informacji, z których wynikałoby, że w stosunku do ww. umów i dokumentów podejmowane są jakieś szczególne kroki zapobiegające ujawnieniu nazw podwykonawców, rabatów, cen, umów i innych danych, przyjąć należy, że są one dostępne dla szerszego niż deklarowany kręgu osób, a zatem nie spełnione zostały w stosunku do nich przesłanki z art. 11 ust 2 uznk.

Nie sposób także pominąć kwestii charakteru utajnionych informacji. Jak wskazał Intercor w uzasadnieniu utajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa informacje te mają charakter „techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny". Odwołujący 2 ma

jednak szereg wątpliwości czy lakoniczne odpowiedzi na pytania sformułowane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień taki przymiot posiadają. W szczególności, jako przykłady można wskazać odpowiedzi na pytania: 1 do 5, 10, 11 do 13, 15, 19-20, które choć utajnione, to z samej treści pytań i długości odpowiedzi Intercor można wysnuć wniosek, iż nie ma tam żadnych informacji, które dałoby się sklasyfikować, jako takie, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Co więcej, poza zdawkowymi fragmentami uzasadnienia Intercor konkretnie nie wykazał, że informacje te charakteryzuje konkretny przymiot, dlaczego taki przymiot posiadają, wreszcie jaką mają wartość gospodarczą. Jednym z licznych przykładów, kuriozalnego zdaniem odwołującego 2 utajnienia są odpowiedzi na pytania nr 3 z pierwszego z wezwań (7.07.2022 r.) „Czy Wykonawca posiada własne zespoły geodetów?" lub pytanie nr 11 „Jaką odległość odwozu ziemi Wykonawca skalkulował w ofercie?". Bez względu na treść odpowiedzi żadna z nich nie stanowi informacji, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Zdaniem odwołującego 2 podobny charakter mają pozostałe pytania i odpowiedzi na nie - co winien ocenić zamawiający - albowiem nie kwalifikowały się one do ich utajnienia.
Co charakterystyczne z treści pkt 5 oferty wynika wprost, że wykonawca Intercor zamierza zlecić podwykonawcom: „Wszystkie prace projektowe" oraz „dostawy materiałów" i „usługi", jednoznacznie określając zakres prac dedykowanych podwykonawcom. Tymczasem odpowiedzi na pytanie 1 i 2 są utajnione, choć w tych pytaniach zamawiający dopytuje o kwestię w zasadzie przesądzoną w ofercie tj. zakres podwykonawstwa dla prac projektowych. Podobnie oczywistym jest, że skoro wykonawca oświadcza w ofercie, iż zleci usługi podwykonawcom i że będą to m.in. prace wykonywane przez geodetów czy laboratoria (pytania i odpowiedzi nr 3 do 5, 10, 20) - to zastrzeganie tych informacji i utrzymywanie takiego zastrzeżenia - jest niezgodne z uznk. Podobnie oczywistym jest, iż deklaracja taka odnosi się do „dostawy materiałów" (pyt. 22-23).

Odwołujący 2 zwrócił również uwagę na okoliczność, która potwierdza tylko tezy stawiane przez niego, iż oba uzasadnienia do zastrzeganych „tajemnicą przedsiębiorstwa" informacji są identyczne, co świadczy tylko i wyłącznie o tym, że wykonawca nie podchodzi indywidualnie do zastrzeganych informacji, dla uzasadnienia stosuje takie same szablony i argumenty, niezależnie od tego, iż zawartość obu wyjaśnień jest inna (np. inne oferty podwykonawców, inne pytania). Zwrócił uwagę na fakt, że utajnienie obejmuje odpowiedzi na pytania zamawiającego z wezwań wystosowanych w dniu 7 lipca 2022 r. oraz 29 lipca 2022 r., podczas gdy - jak sam wskazuje Intercor - przedstawione uzasadnienie odnosi się tylko do załączników do pisma („UZASADNIENIE ZASTRZEŻENIA ZAŁĄCZNIKÓW DO PISMA JAKO TAJEMNICY PRZEDSIĘBIORSTWA" - str. 16 wezwania z dnia 7 lipca 2022 r. oraz str. 4 wezwania z dnia 29 lipca 2022 r.). Przesądza to ponad wszelką wątpliwość, że intencją Intercor nie było utajnienie odpowiedzi na pytania.

Niezależnie jednak, gdyby Izba uznała, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dotyczy całych wyjaśnień złożonych 22 lipca 2022 r. oraz 5 sierpnia 2022 r. („wraz z załącznikami" - co nie wynika z przywołanego fragmentu uzasadnienia) trudno uznać, by Intercor wykazał przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk i art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, a nade wszystko ewentualną wartość gospodarczą tych informacji.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

A. wykonawca: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2519/ 22 oraz KIO 2533/ 22 po stronie zamawiającego;

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Trakcja S.A., Mosty Łódź S.A. z siedzibą lidera w Warszawie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2519/ 22 po stronie odwołującego.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie w całości, jako niezasadnych (pisma procesowe z 5 października 2022 r., uzupełnione o stanowisko zawarte w pismach z 6 października 2022 r.). Dodatkowo zamawiający złożył pismo procesowe z 7 października 2022 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko wobec zarzutów odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22 w zakresie, w jakim ten podnosił, że cena wykonawcy Intercor jest ceną rażąco niską.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował również w formie pisemnej Intercor, składając na posiedzeniu pisma procesowe z 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołań, odpowiedzią zamawiającego na nie, treścią pism procesowych przedkładanych przez Intercor, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołujących przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez nich legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołujących we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący 1 i odwołujący 2 złożyli swoje oferty w postępowaniu i ubiegają się o udzielenie zamówienia.

W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań zamawiającego, wskazanych w treści wniesionych odwołał, odwołujący zostali pozbawieni możliwości zapoznania się z treścią wyjaśnień składanych przez Intercor w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji możliwości dokonania ich weryfikacji. Dodatkowo odwołujący 1 wskazywał, że oferta złożona przez Intercor powinna zostać odrzucona, gdyż wykonawca nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, a dodatkowo podlegała ona odrzuceniu jako niezgodna z treścią SWZ. Gdyby zarzuty sformułowane w odwołaniach potwierdziły się, zamawiający zostałby zobowiązany do dokonania czynności, których zaniechał, a polegających na odtajnieniu tych fragmentów, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołującego 1 oferta Intercor zostałaby wyeliminowana z postępowania, a to byłoby dalej kontynuowane z poszanowaniem przepisów ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony i uczestników postępowań odwoławczych na okoliczności w nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót budowalnych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów - Kielce, odcinek Kielce (S7 Węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73).

Swoje oferty w postępowaniu złożyło dziewięciu wykonawców, w tym między innymi odwołujący 1, odwołujący 2 oraz Intercor.

Izba ustaliła ponadto, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 738 468 702,32 zł. Najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca Intercor, który zaproponował za realizację zamówienia cenę 713 402 055,63 zł. (co zgodnie z obliczeniami zamawiającego - pismo z 7 października 2022 r. - stanowi 97 % szacunkowej wartości zamówienia).

W toku prowadzonego postępowania, zamawiający pismem z 7 lipca 2022 r. wezwał Intercor do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena lub jej istotna część składowa jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, czy uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwracając się o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty oraz wyjaśnień dotyczących jej treści. W tym celu zamawiający sformułował 47 szczegółowych pytań, które dotyczyły wybranych przez niego asortymentów robót, mających w ocenie zamawiającego istotny wpływ na weryfikację złożonej oferty pod względem rażąco niskiej ceny. Weryfikacja dotyczyła w szczególności: przyjętej technologii robót, wybranych cen jednostkowych i elementów konstrukcyjnych, a także potwierdzenia zgodności oferowanych robót i sporządzonej kalkulacji z wymaganiami SWZ

i PFU.

W odpowiedzi na wezwanie, Intercor w piśmie z 22 lipca 2022 r. udzielił wyjaśnień, odpowiadając na wszystkie pytania które sformułował zamawiający. Część z nich wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę swojego przedsiębiorstwa, w części jawnej prezentując uzasadnienie z jakich powodów przedmiotowego zastrzeżenia dokonań.

W dniu 29 lipca 2022 r. zamawiający ponownie wezwał Intercor, tym razem do uzupełnienia złożonych uprzednio wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w zakresie odpowiedzi na pytania o numerach 29 i 33. Wezwanie dotyczyło konieczności przedstawienia sposobu kalkulacji ceny za 1 m3 odwozu ziemi na odkład i podania wartości składników ceny jednostkowej (rozbicie ceny) oraz podania sposobu kalkulacji ceny jednej przepompowni

z wymaganym wyposażeniem i podania wartości składników ceny (rozbicie ceny), uwzględniając ilości podane w odpowiedzi na pytanie nr 32, wraz z podaniem wydajności pomp i typu agregatu prądotwórczego.

Przystępujący uzupełnił uprzednio złożone wyjaśnienia pismem z 5 sierpnia 2022 r., w części obejmując te wyjaśnienia tajemnicą swojego przedsiębiorstwa.

W dniu 14 września 2022 r. zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Intercor, informując o tym fakcie wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym.

Sprawa o sygn. akt KIO 2519/22

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Intercor wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych na wezwanie zamawiającego z 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. W pozostałym zakresie Izba oddaliła odwołanie, uznając podnoszone przez Mota-Engil zarzuty za niepotwierdzone.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Intercor jako najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący 1, w zakresie powyższego zarzutu podnosił szereg okoliczności, które z jednej strony świadczyć miały o rażąco niskiej cenie oferty Intercor, z drugiej zaś o braku staranności zamawiającego, który formułując pytania kierowane do Intercor a dotyczące wyjaśnienia czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zawarł jedynie połowę zakresu zadania, natomiast pominął znaczące elementy kontraktu, które w jego ocenie miały wpływ na wysokość oferty, a które mogły zostać przez Intercor zaniżone lub pominięte. Twierdził także, że zamawiający nie zadał Intercor szeregu szczegółowych pytań w zakresie wskazanych przez odwołującego 1 branż, a w przypadku niektórych pytań (i niektórych zakresów robót) nie pytał się o te elementy, które były istotne dla realizacji zamówienia, co

w konsekwencji miało powodować, że nie było możliwe zweryfikowanie złożonej przez Intercor oferty.

Izba nie podzieliła przedmiotowego stanowiska z kilku powodów. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że cytowane przez odwołującego 1 przepisy ustawy Pzp nie precyzują jakie zasady obowiązują i w jaki sposób należy sprecyzować treść wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający, jak w tym przypadku, decyduje się na zadanie w tym zakresie konkretnych pytań, to żadna regulacja nie określa jak szczegółowe mają one być i w jaki sposób sformułowane. Stąd wywody odwołującego 1 w tym zakresie należy uznać wyłącznie za jego postulaty, odnoszące się do tego w jaki sposób, w tym konkretnym postępowaniu, oraz mając na uwagę charakter zamówienia prowadzonego w systemie „zaprojektuj i wybuduj", zamawiający miał przygotować wezwanie do wyjaśnień.

Ponadto, jak ustaliła Izba na podstawie akt sprawy, zamawiający skierował do Intercor stosowne wezwanie, przy tym w piśmie z 7 lipca 2022 r. zadał Intercor 47 pytań dotyczących szeregu istotnych składników cenotwórczych, a na każde z nich wykonawca ten

udzielił odpowiedzi na tyle szczegółowej, na ile niezbędna wydawała się zamawiającemu konieczność weryfikacji tych składników ceny ofertowej. Wezwany z kolei do uzupełnienia swojego stanowiska pismem z 29 lipca 2022 r., w zakresie w jakim zamawiający żądał doprecyzowania wyceny niektórych zakresów robót - Intercor udzielił wyczerpujących odpowiedzi.

Izba nie podziela poglądu odwołującego 1, iż udzielone wyjaśnienia złożone przez Intercor były niekompletne, nie odnosiły się do wszystkich elementów oferty czy też, że zabrakło w nich wskazania jakie to wyjątkowo korzystne warunki pozwoliły mu na obniżenie oferowanej ceny. Analiza treści wezwań zamawiającego, skierowanych do Intercor 7 lipca 2022 r. oraz 29 lipca 2022 r. wskazuje, że zamawiający w sposób precyzyjny określił jakiego zakresu wyjaśnień oczekuje i jakie to elementy oferty Intercor budzą jego wątpliwości. Sformułował w tym przedmiocie szczegółowe pytania, które swoim zakresem obejmowały

te elementy, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Intercor z kolei, odpowiadając na sformułowane w ten sposób wezwania, uczynił zadość nałożonym na niego obowiązkom. Ponadto, jak trafnie zauważył zamawiający nie sposób, dokonując analizy oferty Intercor pominąć, że cena ofertowa została ustalona na 713 402 055,63 zł, a wartość przedmiotu umowy oszacowana przez zamawiającego wynosiła 738 468 702, 32 zł. W takim stanie rzeczy, w przypadku, gdy cena ofertowa stanowi 97% wartości robót oszacowanej przez zamawiającego, nie zachodzi przypadek, w której dysproporcje pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a ceną ofertową są na tyle znaczące, że wskazują na to, że po stronie wykonawcy musiały mieć miejsce jakieś wyjątkowo korzystne warunki, które pozwolą mu

na realizację zamówienia za cenę przez niego oferowaną. Mając to na uwadze, trafnie zamawiający spostrzegł, że nie sposób domagać się jakichś szczegółowych informacji w tym zakresie, a wystarczało zadanie wielu precyzyjnych pytań, dotyczących przyjętych dla wyceny założeń i wybranych cen jednostkowych, tak aby można porównać je z przyjętymi przez zamawiającego założeniami kalkulacyjnymi. Zresztą Intercor w wyjaśnieniach odniósł się

do tego jakie założenia przyjął w swojej kalkulacji, które to bezspornie pozwoliły mu na zaoferowanie ceny zbliżonej do tej, którą kalkulował zamawiający. Tym samym z ciążącego na nim obowiązku tj. udzielenia szczegółowych odpowiedzi na zadane pytania Intercor się wywiązał.

Nie sposób podzielić, w ocenie składu orzekającego, zarzutów odwołującego 1 w zakresie, w jakim podnosił, że zadane pytania były zbyt ogólne i nie uwzględniały głównych elementów robót, przez co badanie to było pozorne. Zamawiający sformułował szereg pytań odnoszących się zarówno do zakresu, ilości, technologii, ale także czynników cenotwórczych i cen jednostkowych. Sformułowane wątpliwości były opisane szczegółowo i precyzyjnie,

w formie zamkniętych, ale też otwartych pytań i nie sposób zamawiającemu zarzucić, że uchybił jakiemukolwiek z przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby taki sposób badania rażąco niskiej ceny należy uznać wręcz za wzorcowy, gdyż z jednej strony określone zostało precyzyjnie jakiego zakresu wyjaśnień zamawiający oczekuje, a ponadto umożliwia poruszenie tych aspektów ceny oferty, które budzą największe wątpliwości zamawiającego i wymagają szczegółowego opisania. Z kolei w tych miejscach, gdzie zapisy PFU są sztywne i wykonawca musi je przyjąć, bez możliwości korekty wymaganych parametrów - zamawiający nie ma potrzeby zadawania pytań co do potwierdzenia ilości czy zakresu każdego ze ściśle określonych ilości asortymentu robót, gdyż sprowadzałoby się to do zobowiązania Intercor aby w odpowiedzi na zadane pytania przepisał znaczną część PFU.

Metodologia badania rażąco niskiej ceny oferty Intercor, opisana przez zamawiającego szczegółowo w piśmie procesowym z 7 października 2022 r. pokazuje, że ten w sposób staranny i przemyślany dokonał takiego doboru zakresu zadawanych pytań, aby uzyskać wiedzę o wartości istotnych elementów robót, a oprócz nich sformułował dodatkowe pytania, mające zweryfikować również czy oferta obejmuje pełny zakres określony w PFU, załącznikach do PFU i specyfikacjach technicznych, jak również czy uwzględnia treść odpowiedzi na pytania zadane przez Intercor. Również analizując samą treść odpowiedzi

w pierwszej kolejności zweryfikował czy wzywany do wyjaśnień wykonawca udzielił odpowiedzi na wszystkie z zadanych pytań, potwierdzając uwzględnienie tych elementów w ofercie o które zamawiający pytał, oraz udokumentował wartości o które zamawiający poprosił czy to wstępnymi umowami lub ofertami potencjalnych podwykonawców lub dostawców. W końcu także dokonał analizy cen oferowanych przez podwykonawców

i dostawców, poprzez porównanie ich z cenami rynkowymi (jak wynika z udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień - wynikającymi z analiz statystycznych rynku budowlanego i publikowanych w wydawnictwie SEKOCENBUD), jako ogólnie przyjętych w praktyce i powszechnie stosowanych. Z kolei w tych przypadkach, w których katalog ten nie obejmował danych asortymentów robót, zamawiający dokonał porównania z cenami danego asortymentu, który jest realizowany na innych kontraktach, zgodnie z zawartymi w trybie przetargowym umowami. Przyjęty przez zamawiającego taki dobór metodologii nie budzi wątpliwości Izby. Tym samym, jeśli w wyniku przeprowadzonej w powyższy sposób oceny, zamawiający uznał, że nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do zaoferowanej przez Intercor ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia należy uznać, że dochował niezbędnej staranności w wywiązaniu się z obowiązku zbadania ceny ofertowej.

Izba podziela ponadto stanowisko zamawiającego, że w zamówieniach, których przedmiotem zamówienia są roboty budowlane realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj", gdzie wykonawcy nie składają wraz z ofertą kosztorysów szczegółowych, nie mają także obowiązku ich sporządzania na etapie wyceny złożonej oferty. Mogą zatem, w równym stopniu, przy sporządzeniu oferty, posłużyć się metodą wskaźnikową. Tym samym nawet jeśli odwołujący 1 sam sporządza taką wycenę w inny sposób tj. analizując zakres zamówienia, zatrudniając projektanta i przygotowując uproszczone kosztorysy, nie można wywodzić z tego obowiązku, aktualizującego się po stronie innych wykonawców, do sporządzania analogicznej kalkulacji już na etapie przygotowywania oferty. Odwołujący 1 nie wykazał przy tym jaki związek ma stopień szczegółowości sporządzonej wyceny z jej jakością, w szczególności nie wykazał, że wycena mniej szczegółowa wskazuje na rażąco niską cenę lub też, jak dowodził, nie zawiera wszystkich wymaganych asortymentów robót.

W tym kontekście również żądanie odwołującego 1, aby w ramach składanych wyjaśnień Intercor przedłożył rysunki przyszłych konstrukcji inżynierskich, które będą dopiero projektowane, celem weryfikacji ceny ofertowej - jawi się jako wymaganie nadmierne. Na etapie składania ofert wykonawca takich rysunków konstrukcji mieć nie musi, zwłaszcza jeżeli przy sporządzeniu wyceny korzysta z katalogów nakładów scalonych Sekocenbud lub z własnych danych dotyczących podobnych obiektów.

Z kolei odnosząc się do zarzutów Mota-Engil, że Intercor w spisie załączników do udzielonej odpowiedzi nie przedstawił załącznika ze szczegółowym rozbiciem składników cenotwórczych złożonej oferty, a dodatkowo część oferty (w tym załączników) została utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa, co uniemożliwiło odwołującemu 1 ich ocenę, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że z uwagi na specyfikę kontraktu realizowanego w systemie zaprojektuj i wybuduj nie jest wymagane dokonanie wyceny o szczegółowości odpowiadającej postulatom odwołującego 1. Co kluczowe sam odwołujący 1 nie załączył do swej oferty takiego szczegółowego zestawienia czynników cenotwórczych, którego przedstawienia oczekiwał od Intercor. Odnosząc się z kolei do kwestii, że część odpowiedzi na zadane pytania została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, co zdaniem odwołującego 1 skutkowało niemożnością ich weryfikacji Izba wskazuje, że pozostaje to bez wpływu na ocenę stawianych zarzutów. Jeśli odwołujący 1 zdecydował się na sformułowanie zarzutów rażąco niskiej ceny pomimo, że część wyjaśnień została utajniona, i jednoznacznie domagał się (co potwierdził w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu), aby Izba zarzuty te rozpoznała, to nie może wywodzić jednocześnie, że sposób stawianych zarzutów, czy ich zakres, determinowany jest tym, że część z wyjaśnień pozostaje niejawna.

Odwołujący 1 wywodził jednocześnie, że dostrzegł błędy w przekazanej mu przez zamawiającego dokumentacji, których jego zdaniem nie zidentyfikował Intercor i nie uwzględnił ich w swojej wycenie. Twierdzenia takie nie znajdują potwierdzenia w aktach postępowania, bowiem odwołujący 1 na etapie SWZ nie sformułował żadnych pytań, dotyczących zakresu przekazanych przez zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia, dokumentów. Tym samym zaakceptował założenia opisane przez zamawiającego w takim zakresie, w jakim zawarto je w PFU. Powyższe może świadczyć zaś jedynie o tym, że to odwołujący 1, kalkulując swoją ofertę, uwzględnił konieczność wyceny elementów dodatkowych, które przez zamawiającego nie zostały przewidziane, i stąd też występujące różnice w cenie oferty odwołującego 1 i Intercor. Tym samym to nie oferta Intercor została zaniżona, ale raczej kalkulacja odwołującego 1 została sporządzona w taki sposób, że obejmowała te elementy, które w jego subiektywnym przekonaniu będzie musiał zrealizować, a nie zostały uwzględnione w PFU.

Mając na uwadze powyższe tj., że żaden przepis nie reguluje sposobu, w jaki należy sporządzać wycenę, w tym, że w tego rodzaju zamówieniach wykonawca na etapie

przygotowania oferty ma obowiązek sporządzania szczegółowej kalkulacji, to nie sposób też podzielić zarzutów odwołującego 1, że Intercor nie przedłożył w ramach wyjaśnień tak szczegółowej wyceny, jak oczekiwał tego odwołujący 1. Gdyby przyjąć argumentację odwołującego 1, to tego rodzaju zarzuty mógłby sformułować wykonawca w każdym przypadku, i to niezależnie od szczegółowości sporządzonej wyceny podnosząc, że w jego subiektywnym przekonaniu udzielone wyjaśnienia nie były wystarczające w danych okolicznościach.

Izba orzekając wzięła również pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że cena oferty Intercor nosi znamiona rażąco niskiej. Oprócz kwestionowania samej metodologii badania rażąco niskiej ceny przez zamawiającego i krytyki oferty konkurencyjnej, odwołujący 1 nie uprawdopodobnił nawet, że określone zakresy robót, czy też cena oferty jako całość, są rażąco niskie. Nie przedstawił czy to szczegółowych kalkulacji, ani też żadnych dowodów na okoliczność, że poszczególne ceny zaprezentowane w wyjaśnieniach - są rażąco zaniżone, nierynkowe i, że za te ceny nie da się wykonać zamówienia zgodnie z opisanymi w SWZ i PFU wymaganiami.

Odwołujący 1 wprawdzie wskazywał jakich to w jego ocenie pytań zabrakło oraz jakie braki dostrzegł w złożonych przez Intercor wyjaśnieniach, jednakże wszystkie te zastrzeżenia należy traktować wyłącznie jako poglądy odwołującego 1, odnoszące się do sposobu badania ceny oferty. Bez odniesienia się do kwestii kluczowej tj. które z elementów oferty Intercor

są nierynkowe i zostały rażąco zaniżone, a przy tym przedstawienia w tym zakresie co najmniej własnych kalkulacji i dowodów, które te okoliczności uprawdopodobnią - zarzut tak sformułowany podlegał oddaleniu jako gołosłowny, albowiem nie został w żaden sposób wykazany.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty naruszenia art. 252 ust. 1 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie w jakim Mota-Engil podnosił, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Intercor pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami

zamówienia określonymi w SWZ.

Izba uznała, że z zarzutem sformułowanym w treści odwołania nie sposób zgodzić się z tego powodu, że w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, brak zgodności treści oferty z treścią SWZ w rozumieniu ww. przepisu, oceniania jest jako materialna sprzeczność zobowiązania zawartego w ofercie ze zobowiązaniem, którego zamawiający oczekuje i który opisał w SWZ. Niezgodność ta występuje wówczas, gdy zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SWZ, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia, w stopniu zaspokajającym oczekiwania zamawiającego.

A zatem dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z konkretnymi postanowieniami SWZ i na czym ta niezgodność polega. Niezgodność oferty z SWZ musi być ponadto jednoznacznie wykazana, a istniejące wątpliwości w zakresie interpretacji postanowień SWZ w zakresie wymagań zamawiającego nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy (por. wyrok KIO z 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3397/21, 3401/21, 3402/21, 3403/21).

Odwołujący 1 oparł swój zarzut wyłącznie na przypuszczeniach i domysłach podnosząc, że brak przedstawienia zestawienia branż uwzględnionych w ofercie prowadzi do wniosków, iż „istnieje duże prawdopodobieństwo", iż jakiś zakres robót mógł zostać pominięty i nie został ujęty w ofercie wykonawcy. Takie twierdzenia, nie oparte na żadnych konkretnych twierdzeniach czy dowodach nie może stanowić o braku zgodności treści oferty Intercor z treścią SWZ. O braku takiej zgodności nie może przesądzać również okoliczność, że udzielając odpowiedzi na pytanie nr 8, Intercor proszony o potwierdzenie czy zweryfikował wszystkie branże zgodnie z zapisami PFU w terenie oraz na „Geoportalu Kielce" - udzielił odpowiedzi twierdzącej, w żaden sposób tego zagadnienia nie rozwijając. Pytanie to było pytaniem zamkniętym, a zamawiający oczekiwał wyłącznie odpowiedzi, która pozwoli mu stwierdzić, że w swojej wycenie wykonawca uwzględnił dany zakres zamówienia.

Izba stwierdziła zatem, że odwołujący 1 w warunkach wywiedzionego odwołania nie wskazuje na czym polega niezgodność oferty Intercor z treścią SWZ. Co więcej, brak jest jakiejkolwiek próby sprecyzowania, któremu warunkowi SWZ przeczy treść oferty wykonawcy Intercor. Poza sporem pozostaje więc, że uzasadnienie tak czynionego zarzutu opiera się li tylko na przypuszczeniach odwołującego 1, że skoro odpowiedzi na pytania nie zostały udzielone w sposób, w jaki oczekuje tego odwołujący 1 a więc nie są wystarczająco

szczegółowe, to istnieje przypuszczenie, że cena zaoferowana przez Intercor nie uwzględnia wszystkich wymogów SWZ.

W konsekwencji, jeżeli odwołujący 1 nie tylko nie udowodnił, lecz nawet nie wyjaśnił na czym polega niezgodność oferty Intercor z treścią SWZ, a swoją argumentację w tym względzie opiera na przypuszczeniach oraz subiektywnym i wątpliwym domniemaniu, opartym o sposób i zakres udzielanych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny - to tak czyniony zarzut Izba uznała za bezpodstawny.

Odwołanie zostało uwzględnione w zakresie, w jakim odwołujący 1 podnosił zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez ograniczenie odwołującemu 1 dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadku nie określonym ustawą Pzp, wskutek zaniechania ujawnienia informacji nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę Intercor wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny z dnia 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r.

w całości tak, aby odwołujący 1 mógł zapoznać się z argumentacją w zakresie rażąco niskiej ceny i, ewentualnie podnosił zarzuty w tym przedmiocie, w zakresie w jakim nie zostały one sformułowane w niniejszym odwołaniu a wynikającym z treści wyjaśnień, które do tej pory pozostawały dla odwołującego 1 niejawne.

Z uwagi na okoliczność, że zarzuty te są zbieżne z tymi, które podnosił odwołujący 2 w treści złożonego odwołania, Izba przedstawi argumentację w tym zakresie poniżej, łącznie odnosząc się do uzasadnienia przedstawionego w treści odwołania odwołującego 1 i odwołującego 2.

Sprawa o sygn. akt KIO 2519/22, sygn. akt KIO 2533/22

Izba, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu uznała, że odwołanie o sygn. akt KIO 2533/22 zasługiwało w całości na uwzględnienie. Odwołanie o sygn. akt KIO 2519/22, w zakresie w jakim Mota-Engil podnosił zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Intercor wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny złożonych na wezwanie zamawiającego z 22 lipca 2022 r. i 5 sierpnia 2022 r. - również podlegało uwzględnieniu.

Na wstępie należy przypomnieć, na co zwracali uwagę odwołujący się wykonawcy, że zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Istnieje od tej zasady wyjątek, przewidziany w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż 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 jednak, że podstawową zasadą obowiązującą 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. 18 ust. 2 ustawy Pzp.

Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego, w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią.

Skład orzekający podziela też ocenę, formułowaną w licznych orzeczeniach, że sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania" oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienie

ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić poczynione zastrzeżenie.

Przypomnieć również należy, co istotne dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego, w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią. Z kolei podstawą dla dokonania takiej oceny przez zamawiającego, jest treść uzasadnienia zastrzeżenia danych informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa i jeśli to zawiera jedynie ogólnikowe twierdzenia, które mają uzasadnić poczynione zastrzeżenie - obowiązkiem zamawiającego jest takie zastrzeżenie uznać za bezskuteczne i przekazać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty innym wykonawcom.

Z kolei badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego, polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i do tego wyłącznie kontrola ta się sprowadza. Izba nie docieka bowiem, czy zastrzegane informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie, ale rozstrzyga w ramach postawionych zarzutów czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawcy w ustawowym terminie sprostali obowiązkowi wykazania objęcia danych zawartych w ich ofertach tajemnicą, czy też nie uczynili tego w sposób wystarczający.

Izba orzekając w niniejszej sprawie wzięła zatem pod uwagę wyłącznie argumentację, którą Intercor przedstawił w złożonym uzasadnieniu i, po lekturze tegoż, doszła

do przekonania, że rację mają odwołujący się wykonawcy twierdząc, że wykonawca ten nie sprostał ciężarowi wykazania, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: wyjaśnienia złożone na wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej, jak też załączone do niej dokumenty, w istocie taką tajemnicę stanowią.

Przyczyny dla których Intercor wnioskował o objęcie powyższych tajemnicą, zostały zawarte w części jawnej złożonych wyjaśnień, stąd zarówno zamawiający, jak też inni wykonawcy, ubiegający się o zamówienie, mogli zapoznać się z argumentacją odnoszącą się do przyczyn dokonanego zastrzeżenia. W ocenie odwołujących się wykonawców, który to pogląd Izba podziela, dokument wyjaśniający przyczyny zastrzeżenia, nie spełnia wymagań, odnoszących się do nałożonego na wykonawcę obowiązku wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym dokonane zastrzeżenie jest nieskuteczne.

Zdaniem Izby z treści uzasadnienia dołączonego przez Intercor nie wynika, co jest warunkiem koniecznym, że ziściły się wszystkie przesłanki, które decydują o możliwości zastrzeżenia danych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, w szczególności wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej dla każdej z zastrzeganych przez siebie informacji.

Należy przypomnieć, że aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk:

1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,

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

Przy tym mówiąc o „wykazaniu” nie mamy na myśli zawarcia w treści pisma samej deklaracji, że wolą wykonawcy jest objęcie pewnych danych tajemnicą czy stwierdzanie, że dana informacja ma wartość gospodarczą. Nie może to polegać również na zamieszczeniu ogólnego opisu, ale wykonawca ma obowiązek wykazać, że ta określona informacja przedstawia pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy, właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna.

Odnosząc to do treści uzasadnienia, zawartego w treści pism złożonych przez Intercor, w których zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa: część złożonych wyjaśnień (kalkulacje własne, informacje na temat sposobu realizacji przedmiotu zamówienia) oraz

załączone do nich oferty podwykonawców Izba stwierdziła, że argumentacja zawarta w przedmiotowym piśmie jest ogólna, w dużej części zawiera przytoczenie samych przepisów i wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, jak też samo omówienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie dokonane przez Intercor jest nieskuteczne także z tych przyczyn, że nie wystarczy jedynie stwierdzić, że dane informacje czy dokumenty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż spełnione są ustawowe wymogi ochrony wynikające z uznk, ale konieczne jest wskazanie szczegółowo jakie dane i z jakiej przyczyny zasługują na zachowanie ich w poufności.

W uzasadnieniu poświęcono wiele miejsca, próbując wykazać, że w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, a w konsekwencji, że zastrzegane dane i załączone do wyjaśnień oferty winny być objęte tajemnicą.

I tak odniesieniu do przekazywanych w wyjaśnieniach informacji Intercor argumentuje,

iż wskazywane są tam szczegółowe informacje dotyczące zarówno wycen wynikających z ofert pozyskanych od podwykonawców czy dostawców, kalkulacje własne ale i zaprezentowane są szczegółowe rozwiązania techniczne i technologiczne, jakie przyjął wykonawca opracowując ofertę. Mamy tu zatem do czynienia z klasycznym know-how i doświadczeniem wykonawcy. Przedstawione rozwiązania są efektem wiedzy wykonawcy, jego wieloletniej działalności i doświadczenia zdobywane w toku szeregu inwestycji. Są to zatem informacje indywidualne, unikalne, wypracowane przez (i dla) wykonawcy, a w konsekwencji, niedostępne dla innych podmiotów. Dodatkowo podnosi, że informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach należy brać pod uwagę jako jedną całość, składającą się na treść wyjaśnień i nie mogą one być wyrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności - ograniczony był krąg osób zaangażowany

w temat wymiany korespondencji i argumentacji, a osoby te zostały zobowiązane do zachowania wszelkich informacji w poufności. Powyżej wskazane informacje pozyskane przez inne firmy zmniejszyłyby konkurencyjność wykonawcy w innych przetargach. Otoczenie konkurencyjne mogłoby wyeliminować taki podmiot z rynku, gdyby jego unikalna wiedza

o konkretnym biznesie stała się publiczna i dostępna dla każdego. Skutki takiego działania naraziłyby na szkodę interes spółek i w konsekwencji także wszystkich pracowników. Innymi słowy, kompleksowe informacje, które zastrzega jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca stanowią „pomysł" na realizację zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania i jako takie zasługują na ochronę. Nadto, wskazuje, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych prac powtarzalnych - prac, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Biorąc z kolei pod uwagę aktywność wykonawcy w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez poszczególne oddziały GDDKiA, można założyć,

że elementy zamówienia o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych kontraktów. Wykonawca mógłby więc, ceny oraz dane wskazane w ofertach zastosowanych w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, budując w ten sposób przewagę konkurencyjną, i w konsekwencji osiągając korzystniejsze ceny ofertowe, a jeśli informacje te zostaną ujawnione podmiotom konkurencyjnym, z pewnością utraci zbudowaną przewagę gospodarczą. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo zbierać informacje oraz wyceniać określony zakres prac, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd., co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej.

Wyjaśnienie powyższe, jakkolwiek obszerne w swojej treści nie zasługuje na aprobatę głównie z tej przyczyny, że nie odnosi się ani do konkretnych treści zawartych w tych wyjaśnieniach, ani też nie przystaje do specyfiki i charakteru zamówienia, czy w końcu do informacji, które są zamawiającemu przekazywane w ramach odpowiedzi na szczegółowe w swej treści pytania, które sprecyzował zamawiający w wezwaniu.

Nie sposób w szczególności zgodzić się z tym, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej

ceny przekazywany jest jakiś szczególny „pomysł" na realizację zamówienia. Mamy bowiem do czynienia z zamówieniem, zlecanym w systemie „zaprojektuj i wybuduj" na zaprojektowanie i wykonanie odcinka drogi ekspresowej, jakich wiele jest organizowanych przez różne oddziały zamawiającego w całym kraju. Nawet, jeśli zamówienia na poszczególne odcinki dróg różnią się swoim zakresem, to nie można w tym przypadku mówić o szczególnych, unikatowych rozwiązaniach czy technologiach, których zastosowanie będzie wymagane w tym przypadku. Zresztą sam Intercor w dalszej części zastrzeżenia

przyznaje, że ceny oraz dane wskazane

w ofertach zastosowanych w niniejszej sprawie, będzie mógł wprost zastosować w kolejnych postępowaniach. Przeczy tym samym tezie, że mamy do czynienia z zamówieniem co do istoty i zakresu unikalnym, wyjątkowym i wymagającym szczególnej wiedzy ze strony Intercor, która to wiedza zasługuje na objęcie jej tajemnicą.

Nie sposób też uznać, że treść dokonanego zastrzeżenia przystaje do charakteru przekazywanych informacji, które w ocenie Izby nie sposób uznać za takie, które mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny mogący posiadać wartość gospodarczą. Jest tak z tego powodu, że większość z pytań, które zadał zamawiający dotyczy czy to kwestii udziału podwykonawców; potwierdzenia, czy wykonawca ujął w wycenie określone elementy zamówienia; podania łącznej kwoty za realizację określonego zakresu; ilości przyjętej w kalkulacji. Wszystkie te dane wynikają, gdyż są konsekwencją założeń, które przyjął zamawiający w PFU, a tym samym nie sposób uznać, że mieszczą się w pojęciu owego „pomysłu" na wykonanie przedmiotowego zamówienia, o którym mówi Intercor w swoim zastrzeżeniu tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jeśli z kolei wziąć pod uwagę argumentację, odnoszącą się do tego, jakie szkody mogłoby spowodować na przyszłość ujawnienie tego rodzaju danych, to taka argumentacja nie może zyskać w ocenie Izby aprobaty głównie z tego powodu, iż wykonawca oprócz gołosłownych twierdzeń jak to Intercor, gromadząc te dane, buduje swoją przewagę konkurencyjną, i w konsekwencji osiąga korzystniejsze ceny ofertowe, z kolei jeśli informacje te zostaną ujawnione podmiotom konkurencyjnym, z pewnością utraci zbudowaną przewagę gospodarczą - nie wskazał nawet w czym tej przewagi upatruje i w jaki sposób ujawnienie danych (i jakich konkretnie) spowoduje utratę jego przewagi na określonym rynku.

Intercor poświęca też odrębny fragment kwestii zastrzeżenia, jako tajemnica jego przedsiębiorstwa, danych zawartych w ofertach podwykonawców. Wskazuje, że obowiązek zachowania w poufności określonych informacji w przypadku relacji z podwykonawcami lub dostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, jakie widnieją w ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na linii wykonawca - podwykonawca/ dostawca. Argumentuje, że w toku prowadzonej działalności na rynku inwestycji infrastrukturalnych, zbudował on szereg relacji umożliwiających pozyskiwanie korzystnych warunków współpracy. Kluczowe jest, że warunki, które zostały mu zaproponowane są na tyle korzystne, że pozwalają na skuteczne ubiegania się o udzielenie zamówienia nawet w postępowaniach cechujących się wysoką konkurencyjnością. Bez wątpienia zatem zawierają one upusty cenowe i rabaty, właściwe dla relacji wykonawca - autor oferty. To właśnie dzięki

tym rabatom, upustom

i preferencyjnym warunkom jest zdolny do realizacji zamówienia za ceny nieosiągalne dla innych wykonawców (czego dowodem jest wysokość ofert uzyskanych w postępowaniu). Podkreślił także, że w toku prowadzonej działalności niejednokrotnie spotkał się ze zjawiskiem polegającym na wykorzystywaniu wiedzy o szczegółach relacji łączących dane podmioty

do walki konkurencyjnej.

Argumentacja w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż w ocenie Izby, jest ona ogólna i gołosłowna. Intercor, odnosząc się do tego elementu wyjaśnień wskazuje między innymi na budowanie relacji z kontrahentami, uzyskiwane przez niego korzystne warunki cenowe i upusty, które jak twierdzi są nieosiągalne dla innych wykonawców działających

na tym rynku. Po pierwsze zauważyć należy, że w każdym przypadku, i w odniesieniu do każdego podmiotu taka argumentacja jest aktualna. Każdy bowiem wykonawca buduje swoje relacje z podwykonawcami i negocjuje z nimi warunki realizacji określonych zakresów tak,

aby osiągać jak najlepsze ceny i otrzymywać jak największe upusty dostępne w danych warunkach rynkowych, umożliwiające mu konkurowanie z innymi podmiotami a w rezultacie pozyskiwanie jak najszerszego spektrum zamówień. Ponadto, trudno sobie wyobrazić przedsiębiorcę działającego na rynku, w tym rynku budowlanym, który nie śledzi na bieżąco dostępnego spektrum zamówień, ale też nie zna współwykonawców czy nie zbiera informacji na temat warunków współpracy z tymi podwykonawcami. Jak trafnie argumentował odwołujący 2, na co przedstawił dowody w postaci wydruków ze stron internetowych, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad publikuje informacje o podwykonawcach biorących udział w realizacji różnych zadań inwestycyjnych, stąd powszechnie znane są dane na temat faktu współpracy

i powiązań pomiędzy generalnymi wykonawcami a ich podwykonawcami. W sposób łatwy można też pozyskać informacje na temat warunków takiej współpracy, gdyż uzyskać je może każdy konkurent w trybie dostępu do informacji publicznej.

Intercor twierdził również, że inni kontrahenci wykorzystują zdobytą wiedzę na temat warunków współpracy z innymi podmiotami, jednakże nie podał ani konkretnych przykładów, ani też nie wskazał jaką szkodę z tego tytułu kiedykolwiek Intercor poniósł, że obawia się ujawnienia tych danych. Niezbędne w takim przypadku jest co najmniej opisanie kiedy taka sytuacja miała miejsce, jakich projektów czy podmiotów dotyczyła, a dodatkowo fakty te należałoby wykazać stosownymi dowodami. Bez tego elementu, twierdzenia Intercor należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadną szczegółową argumentacją.

W odniesieniu do tego elementu należy też dostrzec, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie, że wykonawca podjął wszelkie niezbędne działania do zachowania tych informacji w tajemnicy. W odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica ofert podwykonawców brak jest dowodów świadczących o tym, że Intercor podjął jakiekolwiek działania w celu ochrony czy to samego faktu współpracy (umowy o poufności, a nawet sama deklaracja w treści składanych ofert, że podwykonawca zobowiązuje się do zachowania tych danych w poufności), oferowanego zakresu, cen, rabatów, czy innych danych. Jeśli nie zostały zawarte stosowne umowy o zachowaniu danych w poufności z podmiotami, z którymi wykonawca współpracuje, a nawet w treściach ofert nie znajduje się zastrzeżenie, że oferty współpracy pozostają niejawne dla innych uczestników rynku - to nie został też spełniony warunek odnośnie podjęcia niezbędnych działań, celem zachowania danych w poufności.

Powyżej opisane przyczyny zadecydowały o tym, iż Izba uznała, że zastrzeżone przez Intercor jako tajemnica przedsiębiorstwa - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz załączone do nich oferty podwykonawców - należy odtajnić i udostępnić innym wykonawcom. Jedynie na marginesie należy wskazać, że Izba nie podzieliła szeroko opisanej argumentacji odwołującego 2 odnoszącej się do dowodów przedkładanych na okoliczność udowodnienia, że Intercor ograniczył dostęp do informacji w swoim przedsiębiorstwie do osób wymienionych w treści załącznika nr 8. Jednakże ten element, z uwagi na powyższe okoliczności

tj., że Intercor nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, nie wykazał też, że podjął jakiekolwiek środki celem zachowania w poufności danych zawartych w ofertach podwykonawców (brak takiego zobowiązania w ofertach, brak umów o zachowaniu poufności) - pozostaje bez wpływu na ocenę Izby.

Izba uznała w konsekwencji, że zastrzeżone przez Intercor wyjaśnienia, jak też załączone do nich oferty podwykonawców - zamawiający powinien odtajnić i przekazać innym wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie, na ich wniosek.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Izba obciążyła kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2519/22 zamawiającego w części 1/3 i odwołującego w części 2/3, gdyż odwołujący 1 sformułował trzy zarzuty, z których tylko jeden został przez Izbę uwzględniony, zaś pozostałe dwa (które nie zostały sformułowane jako ewentualne tj. podnoszone na wypadek oddalenia zarzutów dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa) podlegały oddaleniu. Z kolei kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2533/22 Izba w całości obciążyła zamawiającego, gdyż zarzuty odwołania potwierdziły się.

Przewodniczący : .....