

Sygn. akt: KIO 374/23

WYROK z 24 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Marek Bienias

Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kobylarnia S.A. z siedzibą w Kobylarni, MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

przy udziale wykonawcy PRO-TRA Building Sp. z o.o. we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Budimex S.A.;
2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PRO-TRA Building Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
 - ujawnienie całości złożonych przez wykonawcę PRO-TRA Building Sp. z o.o. wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami, złożonych pismami z 29 grudnia 2022 r. i z 11 stycznia 2023 r.;
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław w imieniu i na rzecz której działają Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 3.1. 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;

- 3.2. 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 oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Gmina Wrocław, w imieniu i na rzecz której działa spółka Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Przebudowa ulic Bardzkiej oraz Buforowej i rozbudowa ul. Kajdasza polegająca na budowie trasy komunikacji zbiorowej na Jagodno we Wrocławiu. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 września 2022 r. pod nr 2022/S 189-531085.

W dniu 10 lutego 2023 r. Konsorcjum: Kobylarnia S.A., MIRBUD S.A. wniosło odwołanie, podnosząc następujące zarzuty:

- A. odniesieniu do oferty PRO-TRA Building Sp. z o.o. (dalej: PRO-TRA)
 - I. naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przez utrzymanie zastrzeżenia nieodtajnionej części obu wyjaśnień ceny (tj. pisma z 20 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami oraz pisma z 11 stycznia 2023 r. wraz z załącznikiem);

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr I, albo na wypadek uwzględnienia zarzutu nr I w zakresie części (a nie całości) dokumentów:

II. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, przez błędne przyjęcie, że przez utrzymanie zastrzeżenia nieodtajnionej części obu wyjaśnień ceny (tj. pisma z 20 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami oraz pisma z 11 stycznia 2023 r. wraz z załącznikiem), w całości i bez żadnych wyłączeń, wbrew stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonemu w wyroku z 17 listopada 2022 r. w sprawie C-54/21;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr I ani zarzutu nr II (tj. również w przypadku ewentualnego nakazania ujawnienia treści informacji o przedsięwziętych środkach ochrony informacji poufnych, bez ujawnienia lub streszczenia treści przedstawionych kalkulacji /kosztorysów oraz przedłożonych dowodów):

III. naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez PRO-TRA, mimo że wykonawca ten nie wykazał realności zaoferowanej ceny;

IV. naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawny wybór oferty PRO-TRA jako najkorzystniejszej;

B. w odniesieniu do Budimex S.A.:

V. naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez nieodrzućenie oferty Budimex jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem w sytuacji gdy bardzo ogólne wyjaśnienia bez żadnych dowodów nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu;

VI. naruszenie art. 224 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, przez ponowienie wezwania wykonawcy Budimex do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów, mimo że wykonawca na pierwsze wezwanie nie złożył wyjaśnień uzasadniających cenę oraz nie złożył żadnych dowodów;

VII. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy wykonawca zaoferował wykonanie robót budowlanych w zakresie niwelety, niezgodnie z Projektem budowlanym;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr V-VII:

VIII. naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień treści oferty oraz rażąco niskiej ceny wraz z dowodami wykonawcy BUDIMEX tj. pisma z 11 stycznia 2023 r. wraz z załącznikami,;

ewentualnie:

naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimex, mimo że cena tego wykonawcy jest rażąco niska, a wykonawca nie wykazał realności zaoferowanej ceny; lub

naruszenie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie z wykonawcą negocjacji w zakresie znacznej zmiany niwelety i zaakceptowanie zmiany oferty, w sytuacji gdy Zamawiający nie dopuszczał optymalizacji rozwiązań w tym zakresie na etapie ofertowania.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynność wyboru oferty PRO-TRA jako oferty najkorzystniejszej;
- powtórzenia badania i oceny ofert,
- ujawnienia w całości wyjaśnień cenowe wykonawcy PRO-TRA tj. pisma z 20 grudnia 2022 r. wraz z załącznikami oraz pisma z 11 stycznia 2023 r. wraz z załącznikiem oraz odtajnienia pełnej treści opinii biegłego rzeczoznawcy A.H. z 4 stycznia 2023 r.,
- ewentualnie: udzielenia Odwołującemu dostępu do zasadniczej treści zastrzeżonych;

ewentualnie odrzucenia oferty PRO-TRA ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny,

- odrzucenia oferty Budimex z uwagi na to, że wykonawca na pierwsze wezwanie złożył wyjaśnienia nieuzasadniające cenę oraz niezawierające żadnych dowodów oraz treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia,

ewentualnie odtajnienia w całości wyjaśnień cenowych udzielonych przez Budimex w odpowiedzi na drugie wezwanie (pismo z 11 stycznia 2023 r. wraz z załącznikiem)

ewentualnie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na rażąco niską cenę oraz niezgodność z warunkami zamówienia;

- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty dotyczące oferty PRO-TRA

Zarzut nr I

Odwołujący wskazał, że w 20 grudnia 2022 r. wykonawca PRO-TRA udzielił wyjaśnień dotyczących ceny ofert, zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedmiotowe wyjaśnienia zostały częściowo odtajnione, w skutek czego Odwołującemu uzyskał dostęp jedynie do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do wyjaśnień zawierających ogólne twierdzenia PRO-TRA dotyczące ceny, co nie pozwala na weryfikację realności założeń cenowych. Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że wykonawca złożył:

- pismo przewodnie (8 stron) obejmujące jawne uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy oraz ogólnikowe wyjaśnienia, które to informacje zostały Odwołującemu udostępnione, wraz z kilkoma szczegółowymi informacjami, utrzymanymi przez Zamawiającego w tajemnicy,

- wyjaśnienia szczegółowe, stanowiące załącznik nr 1, utrzymane przez Zamawiającego

w tajemnicy,

- dowody, tj. oferty podwykonawców, dostawców, cen materiałów, utrzymane przez

Zamawiającego w tajemnicy,

- politykę systemu ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz

uzasadnienie zastrzeżenia informacji, utrzymane przez Zamawiającego w tajemnicy.

Kwestionując utrzymanie w tajemnicy ww. informacji Odwołujący podniósł, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa jest ogólnikowe, zbiorczo traktuje wszystkie zastrzeżone informacje, których charakter jest jednak bardzo odmienny. Uzasadnienie w żaden sposób nie tłumaczy jakie wrażliwe informacje zawierają poszczególne dokumenty i dlaczego te poszczególne informacje mają dla wykonawcy wartość gospodarczą.

Uzasadnienie nie tłumaczy także, jak ujawnienie każdej z zastrzeżonych informacji miałyby osłabić rynkową pozycję wykonawcy, czy też jaka strata wyniknie z jego udostępnienia. Wykonawca PRO-TRA przedstawił szablonowe uzasadnienie dla wyjaśnień ceny, jednak nie zawiera ono żadnego odniesienia do informacji zastrzeżonych sztamowo, poprzez utajnienie całych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego, w przypadku przedmiotowego zamówienia nie jest możliwe, aby wyjaśnienia ceny posiadały jakąkolwiek istotną wartość gospodarczą. Załącznikiem do oferty było bowiem jawne Zestawienie kosztów zadania (Załącznik nr 1a). Tym samym, realizacja zamówienia sprowadza się do wykonania 40 zakresów czynności projektowych oraz budowlanych, których wycena jest dla wszystkich znana. Zaś wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny sprowadzić się do udowodnienia, że wskazane w Załączniku 1a koszty są realne, oraz zapewniają zliczenie w cenę realnych kosztów ogólnych, realnych kosztów ryzyk oraz wypracowanie marży. Realizacja zamówienia wiąże się ze współpracą z dokładnie z tym samym dystrybutorem przez wszystkich wykonawców. Nie może być mowy o żadnym szczególnym sposobie realizacji zamówienia, czy też kalkulowania ryzyka. Realizacja zamówienia stanowi de facto prostą robotę budowlaną z dodatkową usługą projektową. Celem zastrzeżenia wyjaśnień ceny jest wyłącznie chęć uniemożliwienia weryfikacji tych wyjaśnień przez konkurencję.

Odwołujący podniósł, że informacje zastrzeżone przez PRO-TRA nie zawierają żadnej strategii realizacji zamówienia, gdyż dotyczą one realizacji konkretnego zamówienia, w którym brak jest elementów podlegających swobodnej ocenie wykonawców. Jeżeli PRO-TRA zaoferowałyby jakąkolwiek optymalizację, to oznaczałoby, że zaoficerowana oferta jest niezgodna z warunkami SWZ. Dla Odwołującego nie jest również jasne, w jaki to sposób inni wykonawcy mieliby zweryfikować swoje założenia materiałowe, logistyczne czy robocizny, skoro dotyczą one konkretnego postępowania o nieskomplikowanym charakterze. Zaoficerowana cena jest kalkulacją wykonawcy na potrzeby tego konkretnego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, która już w ofercie podlegała rozbiciu na bardziej szczegółowe koszty, to nie można mówić, że cena ta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę.

W ocenie Odwołującego, treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest lakoniczna, zdawkowa, nie odnosi się do wszystkich ustawowych przesłanek i nie zostało poparte żadnymi dowodami. Uzasadnienie to stanowi ogólną deklarację, a nie rzeczywiste uzasadnienie. Przedstawione deklaracje stanowią szablon, który może zostać wykorzystany w dowolnym postępowaniu. Uzasadnienie w żaden sposób nie precyzuje, jakie konkretne informacje stanowią tajemnicę, odnosi się ogólnie do wyjaśnień jako całości. Samo wskazanie, że cały dany dokument lub informacja są objęte tajemnicą

przedsiębiorstwa, nie jest wystarczające dla uznania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Punkty dotyczące braku ujawnienia informacji do wiadomości publicznej oraz czynności podjętych w celu zachowania poufności stanowią jedynie bardzo ogólne twierdzenia.

Odwołujący podniósł, że ochronie podlega informacja mająca wartość gospodarczą. Postępowanie się zaś przez PRO-TRA twierdzeniami, że ochronie podlegają wszelkie informacje zawarte w wyjaśnieniach wymagało więc wykazania w stosunku do każdej zastrzeżonej informacji ustawowych przesłanek ochrony, w tym wykazania obiektywnej wartości

gospodarczej takich informacji. Nie można przyjmować, że tajemnicą przedsiębiorstwa jest wszystko, co arbitralnie dany przedsiębiorca za nią uzna, w szczególności zaś te elementy oferty, które mogą być weryfikowane i kwestionowane przez konkurencję.

Zdaniem Odwołującego, wybrany wykonawca, formułując ogólnikowe i niezwykle lakoniczne twierdzenia, w żaden sposób nie wykazał obiektywnej wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji. Co więcej, PRO-TRA odnosi się ogólnikowo do kilku informacji, zaś zastrzeżeniu podlegają całe dokumenty, składane w ramach obu wezwań do wyjaśnień. Nie sposób uznać bowiem, że na skutek ujawnienia dalszych szczegółów dotyczących jawnego zestawienia kosztów zadania, mogłoby dojść do zmiany pozycji rynkowej wykonawcy. Każdy z uczestników postępowania przyjmuje różnego rodzaju założenia oraz sporządza kalkulacje w zależności od posiadanych zasobów czy kręgu dostawców. Nie jest więc prawdopodobne, by jakkolwiek inny wykonawca mógł skorzystać z kalkulacji wykonawcy, bowiem taka kalkulacja kształtowania jest w zależności od dostępnych dla każdego wykonawców zasobów i warunków realizacji konkretnego zamówienia. Przy czym, to duże firmy budowlane, takie jak Odwołujący, posiadają nie tylko większe zasoby własne, lecz również mają większą bazę podwykonawców i dostawców, gdyż firmy takie gwarantują płynność finansową, co nie zawsze są w stanie zagwarantować małe firmy budowlane. Tym samym, to PRO-TRA mogłaby uzyskać wiedzę o możliwych do wynegocjowania stawkach i upustach przez duże firmy budowlane, które są z zasady niedostępne dla małych podmiotów, o wielokrotnie mniejszych obrotach. Zatem, argumentacja o indywidualnie wynegocjowanych cenach oraz upustach jest całkowicie chybiona.

Ponadto Odwołujący podniósł, informacje o cenach materiałów i kosztach podwykonawstwa w publicznych inwestycjach, są jawne. Zatem każdy podmiot, bez konieczności wykazywania interesu, może zrobić wgląd w jakąkolwiek publiczną realizację i uzyskać dostęp do umów podwykonawczych oraz zestawień kosztów, przekazywanych wraz z fakturami. Skoro zatem możliwy jest dostęp do tych informacji na etapie realizacji inwestycji, to w oczywisty sposób informacje te pozostają jawne na etapie walki

konkurencyjnej o inwestycję. Zastrzeżone przez PRO-TRA informacje nie zmieniają swojego charakteru z niejawnych na jawne wraz z podpisaniem umowy. Zastrzeżone informacje cały czas pozostają jawne, a ich utajnianie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest powodowane wyłącznie uniemożliwieniem konkurencji weryfikacji legalności czynności Zamawiającego. Tym samym, wszystkie oferty podwykonawców i dostawców, złożone w ramach dowodów do obu wyjaśnień, powinny zostać ujawnione, jako informacje, które z przyczyn obiektywnych nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dalej Odwołujący podniósł, że z dokumentów ofertowych wynika, że jedynym podwykonawcą PRO-TRA w tym postępowaniu jest Biuro Projektowania Dróg i Mostów BBKS-PROJEKT Sp. z o.o., która to firma projektowa oddała do dyspozycji PRO-TRA własny potencjał osobowy. Jest to zatem informacja ujawniona do wiadomości publicznej. Zresztą, ta sama firma projektowa oddała własny potencjał osobowy dwóm pozostałym wykonawcom (tj. wszystkim z wyjątkiem Odwołującego), co wskazuje, że poziom kosztów związanych z realizacją zakresu podzlecanych w tych ofertach powinien być zbliżony. Zatem, najistotniejsza dla PRO-TRA informacja jest już powszechnie znana innym wykonawcom działającym na rynku. Poza tym, zbliżność sięgania przez konkurencyjnych wykonawców po tych samych kontrahentów wskazuje, że niezależnie od miejsca siedziby wykonawcy, i tak ostatecznie kontrakty podpisywane są z lokalnymi dostawcami i usługodawcami, których sieć jest o wiele większa dla dużych firm budowlanych, niż w przypadku małych podmiotów.

Odwołujący wskazał na własny potencjał, wskazując na kapitał zakładowy spółki oraz inwestycje, które wykonywał lub wykonuje na terenie Wrocławia i okolic i podniósł, że ujawnienie nazw i cen kontrahentów PRO-TRA nie przełoży się w żaden sposób na funkcjonowanie konkurencyjnych wykonawców na danym rynku, gdyż każda duża firma budowlana realizuje szereg inwestycji publicznych i prywatnych na wskazanym obszarze, korzystając z własnej bazy kontrahentów i własnych upustów cenowych, które z uwagi na volumen są atrakcyjniejsze niż w przypadku takich firm budowlanych, jak PRO-TRA.

Zdaniem Odwołującego, chybiony jest również argument dotyczący kosztów przedmiarów, które poniosła PRO-TRA w celu złożenia oferty. Każdy z wykonawców, chcąc złożyć ofertę, musiał opracować przedmiary – czy to zasobami własnymi, czy też przy użyciu zewnętrznego biura projektowego, jak to uczyniła PRO-TRA. Przy czym, zasoby własne – jak to podkreśla PRO-TRA w innej części wyjaśnień – są tańsze niż usługi zewnętrzne, zatem okoliczność, iż PRO-TRA musiała zapłacić za uzyskanie przedmiarów świadczy na niekorzyść PRO-TRA, gdyż podwyższa koszty ogólne ceny ofertowej.

W odniesieniu do wykazywanych ewentualnych kosztów, Odwołujący podniósł, że koszty ogólne stanowią stały element każdej działalności gospodarczej. Przyjęte koszty mają

charakter standardowy, a zatem nie korzystają z możliwości objęcia ich wyjątkiem od zasady jawności. Oczywiście jest, że duże firmy budowlane mogą ponosić wyższe koszty ogólne, chociażby z uwagi na utrzymywanie polisy ubezpieczeniowej OC na znacznie wyższym poziomie niż lokalni przedsiębiorcy, jednakże również te koszty muszą każdorazowo być nie tylko kompletne w swym wykazie, lecz również realne. Zatem, konkurencyjni wykonawcy powinni mieć możliwość wglądu w koszty ogólne PRO-TRA celem weryfikacji, czy wykonawca ten, np. właśnie z uwagi na bliskość lokalizacyjną względem planowanej inwestycji, nie przerzuca części ogólnych na inne zadania (np. nie wykazując ich w ogóle, z uwagi na twierdzenie, że są one skompensowane przez inne realizacje prowadzone w tym terenie).

Odwołujący podniósł, że również ewentualne stawki wynagrodzenia specjalistów powinny odzwierciedlać stawki rynkowe, tj. nie powinny być niższe niż standardy rynkowe, które często, dla wysoko wyspecjalizowanej kadry, są

znacznie wyższe niż minimalne wynagrodzenie ustawowe. Okoliczność, czy ewentualnie wykazywane stawki ekspertów wpisują się w widełki stawek rynkowych nie stanowi elementu poufnego. Aktualne raporty płacowe są dostępne np. tutaj: Tym samym, ten czynnik kosztotwórczy jest łatwy do zrewidowania, pod kątem realności przyjętych założeń, o ile tylko przedmiotowe dane są udostępnione wykonawcom konkurencyjnym. Dodatkowo, specjaliści publikują swoje życiorysy w Internecie, reklamując się niejako potencjalnym pracodawcom (zleceniodawcom), zatem przyjęcie założenia, że zatrudnienie danych osób jest informacją poufną, niedostępną powszechnie, stanowi daleko idące nadużycie prawa do zastrzegania danych informacji jako poufnych. Również fakt, że PRO-TRA chwali się na swojej stronie internetowej, na rzecz jakich podmiotów realizowała inwestycje, powoduje, że wystarczające jest zgłoszenie się do tych podmiotów z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, tj. dokumentacji dotyczącej realizacji danego kontraktu, aby poznać nazwiska osób, które uczestniczyły w naradach czy też pełniły określone funkcje techniczne.

Ponadto Odwołujący podniósł, że usprawiedliwieniem ceny nie może być okoliczność, że inne realizacje, na inny przedmiot zamówienia, zaoferowane w innej koniunkturze gospodarczej, za inną cenę, są obecnie realizowane na rzecz Zamawiającego. Okoliczność, że raz PRO-TRA zaoferowała cenę realną nie świadczy, że również w tym postępowaniu, w czasie załamania gospodarki krajowej, PRO-TRA również zaoferowała cenę realną. To właśnie zmiana sytuacji gospodarczo-ekonomicznej w Polsce i na świecie skłania wykonawców o obniżonej płynności finansowej do oferowania poniżej kosztów. Zatem, okoliczność, że w roku w kwietniu 2019 r. oferta PRO-TRA została wybrana ofertą najkorzystniejszą w powoływany w wyjaśnieniach przetargu (prowadzonym przez Zamawiającego) pn. „Budowa wydzielonej trasy autobusowo-tramwajowej łączącej osiedle

Nowy Dwór z Centrum Wrocławia” nie świadczy o tym, że oferta złożona w listopadzie 2022 r. zawiera cenę realną.

Odwołujący podniósł, że nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa wskazanych przez PRO-TRA dokumentów, złożonych z wyjaśnieniami i to w całości, tylko w oparciu o fakt, że jest składany na wezwanie do wyjaśnienia ceny ustawowo obciążonej domniemaniem ceny rażąco niskiej. Koniecznym było wykazanie przez PRO-TRA, jakie konkretne informacje zastrzeżone mogą być wykorzystane poza ramami konkretnego postępowania, i w jaki sposób mogą narazić wykonawcę na straty finansowe, utratę pozycji rynkowej. Takich okoliczność próżno szukać w treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał na choćby jedną, realną sytuację, w której możliwość wykorzystania danych zawartych w zastrzeżonych informacjach godziłaby w prawnie chroniony interes, co jedynie potwierdza, że takiego prawnie chronionego interesu wybrany wykonawca nie posiada.

Zdaniem Odwołującego, również przytoczone przez PRO-TRA orzecznictwo w żaden sposób nie potwierdza zasadności zastrzeżenia całych wyjaśnień ceny wraz z dowodami. Powołany wyrok KIO o sygn. akt KIO 69/20 wskazuje na konieczność wykazania wartości ekonomicznej zastrzeganych, czyli okoliczności, że „ich wykorzystanie przez innego wykonawcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków”, czemu PRO-TRA nie podołała. Zaś przytoczony wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt X Ga 79/15, pochodzi z okresu, gdy część orzecznictwa w sposób rozszerzający wyklądała omawiany wyjątek od zasady jawności. Aktualne orzecznictwo podkreśla obowiązek wykonawcy do dążenia do minimalizacji zastrzeganych dokumentów, a także obowiązek wykazywania wartości gospodarczej każdej poszczególnej informacji podlegającej zastrzeżeniu. Odwołujący wskazał, że choć w orzecznictwie nie wyklucza, że wraz z wyjaśnieniem ceny mogą zostać przekazane informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednak sytuacje te stanowią wyjątek i są ściśle związane z opisem przedmiotu zamówienia, który dopuszcza innowacyjne czy też szyte na miarę metodologię działań, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Odwołujący podniósł, że środki podjęte w celu zachowania w poufności co do zasady nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem ich zastrzeganie przez PRO-TRA jako informacji poufnych stanowi nadużycie prawa podmiotowego. Zarówno polityki ochrony/bezpieczeństwa informacji jak i zobowiązania do zachowania poufności stanowią ogólnodostępne dokumenty, których liczne wzoru można znaleźć w Internecie. Dla przykładu, Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, które co do zasady wytwarza innowacyjne techniki i operuje know-how, a zatem esencją działań NCBR jest obrót i ochrona informacji niejawnych, kompleksową Politykę Bezpieczeństwa Informacji publikuje na własnej stronie.

Odwołujący zakłada, że szczelność procedur i systemów opracowanych przez NCBR daje najwyższe gwarancje bezpieczeństwa. Skoro zatem ujawnienie tych procedur nie rzutuje na realność ochrony informacji niejawnych przed niepowołanym dostępem, to tym bardziej procedury opracowane przez PRO-TRA nie powinny zostać zakwalifikowane jako posiadające walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nawet jeżeliby przyjąć, że konkretny wycinek ze złożonych dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawiera np. opis innowacyjnej technologii IT opracowanej przez PRO-TRA, oraz nawet jeżeliby przyjąć za prawdziwe stanowisko, że żaden z konkurentów nie ma i nie może mieć dostępu do tejże innowacyjnej technologii, to w dalszym ciągu okoliczności te same w sobie nie uzasadniałyby uznania całego pakietu dokumentów, stanowiących środki podjęte w celu ochrony informacji poufnych, za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje organizacyjne nie korzystają z domniemania tajemnicy przedsiębiorstwa – taka konstrukcja w ogóle nie występuje. Zaś szczegółowych utajnienia wykonawca PRO-TRA nie wykazał, co oznacza, że zastrzeżone informacje organizacyjne nie zawierają ani w części, ani tym bardziej w całości jakichkolwiek informacji stanowiących wartość gospodarczą prawnie chronioną.

Zarzut nr II (zarzut ewentualny)

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr I lub uwzględnienia go w części, Odwołujący podniósł, że 17 listopada 2022 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-54/21, stanowiący odpowiedź na pytania prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał, że transparentne ujawnienie przez Zamawiającego podstaw oceny wyjaśnień PRO-TRA, jako potwierdzających realność zaoferowanej ceny, stanowi punkt wyjścia dla

możliwości weryfikacji legalności czynności Zamawiającego. Zgodnie z powyższym wyrokiem TSUE, w przypadku uznania przez Zamawiającego, że dany wykonawca należycie wykazał, że dana informacja rzeczywiście posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa oraz że dany wykonawca należycie zastrzegł i utrzymuje w poufności dane informacje, niezbędnym elementem jest sporządzenie przez Zamawiającego streszczenia treści objętej tajemnicą handlową, w sposób utrzymujący informacje zastrzeżone w poufności, lecz równocześnie dostatecznie konkretnej i umożliwiającej konkurencji weryfikację, czy wyjaśnienia ceny zostały ocenione przez Zamawiającego należycie. Trybunał wskazał, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której z uwagi na utrzymanie przez zamawiającego w poufności informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa konkurencja pozbawiona jest możliwości wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie teje tajemnicy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie przekazał Odwołującemu ani uzasadnienia zasadności utrzymania w mocy zastrzeżenia PRO-TRA o poufności całych dokumentów, ani też Odwołujący nie otrzymał streszczenia wszystkich informacji/dokumentów, których

ujawnienia Zamawiający Odwołującemu odmówił. Tym samym, Odwołujący został pozbawiony możliwości weryfikacji legalności czynności oceny wyjaśnień PRO-TRA (obu pism) oraz wnoszenia środka ochrony prawnej w tym zakresie.

Zarzut nr III (zarzut ewentualny)

Odwołujący wskazał, że 4 stycznia 2023 r. A.H., specjalistka ds. rozliczenia, przeanalizowała wyjaśnienia ceny złożone przez PRO-TRA i sporządziła ekspertyzę, stanowiącą załącznik do protokołu postępowania. Choć kluczowa część tej opinii nie została udostępniona Odwołującemu, to jednak ciąg zdarzeń wskazuje, że z opinii tej wynika, że wyjaśnienia PRO-TRA są niewystarczające dla uznania, że zaoferowana cena jest realna. W ślad za przedmiotową opinią zostało wystosowane kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny, na które PRO-TRA udzieliła odpowiedzi – dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oraz dodatkowe oświadczenia podwykonawców. Powyższe oznacza, że Zamawiający zwrócił się do PRO-TRA z wnioskiem o wyjaśnienie ceny pod kątem obalenia domniemania, że jest ona rażąco niska, oraz o przedstawienie wiarygodnych dowodów, potwierdzających prawdziwość twierdzeń zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach, a PRO-TRA nie podołała temu obowiązkowi ustawowemu, gdyż nie wyjaśniła ceny dostatecznie szczegółowo i wyczerpująco, ani nie przedłożyła wszelkich niezbędnych dowodów na poparcie własnych kalkulacji. PRO-TRA miał wystarczająco dużo czasu, aby odpowiedzieć należycie na wezwanie z 7 grudnia 2022 r., gdyż to na jego wniosek termin na składanie wyjaśnień został wydłużony. Mimo to PRO-TRA nie wykazała, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, zatem, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wzywania do wyjaśnień ceny, lecz zobowiązany był odrzucenia oferty na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że tak rażąco niska cena, jaką zaoferował wykonawca PRO-TRA, nie jest uzasadniona obiektywnymi względami. Ceny te są niższe niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co zauważył sam Zamawiający, żądając od PRO-TRA wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wystosowanie kolejnego wniosku o wyjaśnienie ceny wskazuje, że Zamawiający niejako za wszelką cenę chce ratować ofertę zupełnie nieprzystającą do realiów rynkowych, mimo że czynność ta co do zasady jest jednokrotna. Analiza złożonego przez PRO-TRA 'Zestawienia kosztów prac' jaskrawo wskazuje, gdzie w ramach „minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia” PRO-TRA nie skalkulował całego zakresu prac, niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W celu porównania kosztów przyjętych przez PRO-TRA z kosztami rynkowymi, Odwołujący przedstawił zestawienie kosztów prac, zaoferowane przez Odwołującego oraz przez PRO-TRA. Zaznaczył, że szacunkowa wartość zamówienia została opracowana na

trzy miesiące przed terminem składania, zatem jest to bardzo aktualna wycena, uwzględniająca wzrost cen materiałów i robocizny. Wartość zamówienia powiększona o należyty podatek od towarów i usług, wynosi 70.840.009, 43 zł brutto. Zatem, cena oferty PRO-TRA, wynosząca 42.679.770,00 zł brutto, stanowi zaledwie 60,25% szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT.

Odnosząc się do Zestawienia kosztów zadania, Odwołujący podniósł:

- poz. 27 do 29 w dziale Prace towarzyszące dla całości inwestycji związane z organizacją zaplecza wraz z utrzymaniem i likwidacją:

Kwota jest mocno zaniżona. Oprócz organizacji zaplecza własnego w obowiązkach Wykonawcy leży zapewnienie Zamawiającemu 3 pomieszczeń wraz z wyposażeniem biurowym, 10 miejsc parkingowych, drukarki oraz bieżących materiałów na cały okres trwania budowy. Okres budowy wynosi minimum 24 miesiące, więc zapewnienie pomieszczeń biurowych dla Wykonawcy i Zamawiającego (łącznie około 300 m³) z kosztami bieżącymi, oraz zaplecza sprzętowego i magazynowego na potrzeby budowy, wraz z niezbędną ochroną, zgodnie z szacunkiem Odwołującego, to koszt ok. 2.288.000 zł. Pozycja ta jest niedoszacowana o ok. 2.078.000 zł netto.

- dla zakresu: Roboty budowlane w obszarze ul. Bardzkiej poz. 40 do 43: Roboty ziemne i konstrukcyjne branży drogowej wraz z nawierzchniami – zakres w obszarze ul. Bardzkiej:

Pozycje te odnoszą się do wartości robót obejmujących wykonanie buspasa na odcinku około 650 mb, wzdłuż ul. Bardzkiej, wraz z wykonaniem i wyposażeniem peronów przystankowych oraz rozbudową przejazdu kolejowego. Przedmiotowa pozycja jest niedoszacowana o ok. 18% tj. 976 000 zł netto.

- dla zakresu: Roboty budowlane w obszarze ul. Buforowej poz. 55 do 60: Roboty ziemne i konstrukcyjne branży

drogowej wraz z nawierzchniami – zakres w obszarze ul. Buforowej:

Pozycja obejmuje wartość robót obejmujących wykonanie buspasa na odcinku ok. 1,8km mb wzdłuż ul. Bardzkiej wraz z wykonaniem i wyposażeniem peronów przystankowych oraz wykonaniem dodatkowych relacji skrzyżnych na skrzyżowaniach. Niedoszacowanie tych elementów o ok. 30% wynikać może z zaniżenia cen jednostkowych oraz nieuwzględnienia pewnych elementów robót w wycenie. W szczególności wskazują na to zaniżone wartości poz. 56 i poz. 57 nawet o 66% (poszerzenia pod dodatkowe relacje skrzyżowań ul. Buforowej z ul. Kopycińskiego oraz ul. Buforowej z ul. Lutosławskiego). Przedmiotowe pozycje są niedoszacowane o ok. 4.834.000 zł netto.

- dla zakresu: Roboty budowlane w obszarze ul. Kajdasza poz. 74 do 79: Roboty ziemne i konstrukcyjne branży drogowej wraz z nawierzchniami – zakres w obszarze ul. Kajdasza:

Pozycja obejmuje wartość robót obejmujących wykonanie pętli autobusowej oraz parkingu Park&Ride. Niedoszacowanie tych elementów o ok. 42% wynikać może z zaniżenia cen jednostkowych oraz nieuwzględnienia pewnych elementów robót w wycenie. Przedmiotowe pozycje są niedoszacowane o ok. 2.100.000 zł netto.

Odwołujący stwierdził, przedstawione powyżej przykłady pozycji kosztowych są reprezentatywne dla tej inwestycji, ponieważ w nich zawiera się około 65% wartości całego kontraktu, a są one zaniżone w stosunku do rynkowych cen, które reprezentuje oferta Odwołującego o ponad 35%. Tak duże zaniżenie wartości robót nie może wynikać tylko z przewagi znajomości rynku lokalnego oraz mniejszych kosztów ogólnych, tj. z tej przyczyny, że PRO-TRA jest firmą miejscową. Zdaniem Odwołującego PRO-TRA bazuje na zaniżonych cenach jednostkowych, znacznie poniżej cen rynkowych, oraz nie uwzględnia pewnych zakresów robót do wykonania. Suma powyższych niedoszacowań stanowi kwotę blisko 10 milionów złotych.

W zakresie zaniechania udowodnienia we właściwym czasie, tj. w odpowiedzi na wezwanie z 7 grudnia 2022 r. wszystkich okoliczności istotnych dla potwierdzenia realności ceny, Odwołujący zaznaczył, że w treści wezwania Zamawiający wprost wskazał na ciężący na wykonawcy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pod rygorem odrzucenia oferty. Zatem, nawet w przypadku niezajomości sankcji wskazanych w art. 225 ust. 6 ustawy Pzp, PRO-TRA był świadomy, że konsekwencją prawną zaniechania przedstawienia pełnych wyjaśnień oraz dowodów, jest odrzucenie oferty. Z treści złożonych 22 grudnia 2022 r. wyjaśnień powinno wynikać, że zaoferowana cena jest wiarygodna i porównywalną w stosunku do cen obowiązujących na rynku za realizację zamówień publicznych takich samych lub zbliżonych, realizacja tego zamówienia nie będzie poniżej kosztów przedsiębiorcy. Lakoniczność udzielonych przez PRO-TRA wyjaśnień wskazuje, że wykonawca ten udzielił odpowiedzi na wezwanie bez dochowania należytej staranności, choć obowiązany był złożyć wyczerpujące i kompletne wyjaśnienia, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwolą na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz poprzeć swoje twierdzenia i kalkulacje wiarygodnymi dowodami.

Zarzut IV

Odwołujący wskazał, że konsekwencją wskazanych wyżej naruszeń jest nierówne traktowanie wykonawców i brak zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

B. Zarzuty dotyczące oferty Budimex

Zarzuty nr V i VI

Odwołujący wskazał, że pismem z 7 grudnia 2022 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Budimex do udzielenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. Pismem z 22 grudnia 2022 r. wykonawca złożył jawne wyjaśnienia, do których nie załączył żadnych dokumentów.

Zdaniem Odwołującego, w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2022 r. Budimex potwierdził, że przedstawiona przez niego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w SWZ. Oświadczył, że jest w pełni przygotowany do realizacji przedmiotowego zadania zarówno w zakresie sprzętowym, ludzkim jak i materialnym oraz, że przedmiot umowy wyceniony został w oparciu o własne bogate doświadczenie w realizacji podobnych kontraktów i wynikająca z tego znajomość rynku oraz oferty firm specjalizujących się w wykonaniu określonych robót i/lub dostawie określonych materiałów, w tym porozumienia z przyszłymi podwykonawcami. Dalej wykonawca opisał pokrótce swoją pozycję na rynku, przez wskazanie daty rozpoczęcia działalności, faktu notowania na giełdzie, osiągniętych w ostatnich latach przychodów, osiągniętego w ostatnich latach zysku, które to informacje zdaniem wykonawcy potwierdzają posiadanie wiedzy, doświadczenia oraz przede wszystkim zasobów, które pozwalają na efektywne, zapewniający stały wzrost gospodarczy funkcjonowanie na rynku. W dalszej kolejności wykonawca BUDIMEX ogólnie opisał zasoby w zakresie sprzętu, materiałów, osób, którymi dysponuje, pozwalające na złożenie oferty. Powołał się na takie okoliczności, jak zawarte umowy ramowe z dostawcami materiałów oraz na rozeznanie możliwości zakupu kruszywa z kopalni znajdującej się w bliskim sąsiedztwie budowy, jako na ten czynnik, który był podstawą zmniejszenia kosztów transportu oraz kosztu samego kruszywa, a także na dysponowanie własną kadrą inżynierską i brygadami pracowników fizycznych. Wskazał na otrzymane korzystne oferty podwykonawcze, które przyjął do kalkulacji do oferty. Następnie wykonawca BUDIMEX przedstawił argumentację o bezzasadności skierowania do niego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, przytaczając tezy orzecznicze, podnosząc, że szacunek inwestora nie jest wiarygodnym punktem odniesienia.

Odwołujący wskazał, że Budimex podał w wyjaśnieniach: W ocenie Wykonawcy różnica ta wynika z faktu, iż wyliczenie budżetu inwestorskiego (szacunkowa wartość

zamówienia) powstaje zazwyczaj na podstawie Koncepcji Programowej przekazanej wraz z dokumentacją przetargową, a oferty wykonawców powstają na podstawie własnych koncepcji, zakładających częstokroć znaczne zmiany, w tym jak ma to miejsce w naszej ofercie, która zakłada znaczną zmianę niwelety. (...) Należy przy tym mieć na uwadze, że ze względu na specyfikę niniejszego zamówienia – zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” (z elementami optymalizacji) – pewne założenia leżące u podstaw wyceny oferty mogą ulec zmianie (a z pewnością uszczegółowieniu) na etapie Projektowania, czy realizacji Robót, co jednak nie będzie prowadziło do zmiany treści złożonej oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołał biegłego rzeczoznawcę A.H. (specjalistę do spraw rozliczenia) do oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez wykonawców. W opinii z 4 stycznia 2023 r. biegła stwierdziła: Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami firmy Budimex co do rażąco niskiej ceny, informuję, że nie ma możliwości zweryfikowania wyjaśnienia oferenta, ponieważ ma ono charakter opisowy, niepoparty dowodami wskazującymi na sposób kalkulowania ceny czy przyjęcia poziomu cen materiałów.

Odwołujący podał, że pismem z 5 stycznia 2023 r. Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Budimex do udzielenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych. określając zakres informacji w sposób następujący:

a) Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego przedłożył wyjaśnienia (pismo nr 2SE8/D/KuP/12/22/015 z dnia 22.12.2022 r.), z których wynika, że Wykonawca w złożonej ofercie założył „znaczną zmianę niwelety” jednocześnie Wykonawca w dalszej części pisma podkreśla, że w łącznej kwocie oferty ujął wszystkie elementy jakie powinny się w niej znaleźć zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w dokumentacji przetargowej.

Niweleta jest zawarta w projekcie budowlanym, który stanowi załącznik do Programu funkcjonalno-użytkowego, który dla przedmiotowego zadania nie dopuszczał optymalizacji rozwiązań na etapie ofertowania i wyraźnie podaje, że: „Projekty wykonawcze powinny być opracowane zgodnie projektem budowlanym, bez zgody Zamawiającego nie są możliwe żadne zmiany czy odstępstwa”.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o:

- a) wyjaśnienie na czym polega założenie przez Wykonawcę w ofercie znacznej zmiany niwelety oraz
- b) potwierdzenie, że w cenie ofertowej Wykonawca uwzględnił wszystkie elementy zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w tym w szczególności dotyczące rzędnych niwelety

oraz pełne konstrukcje, o których mowa w projekcie budowlanym stanowiącym załącznik do Programu Funkcjonalno-Użytkowego.

2) Wykonawca w terminie wskazanym przez Zamawiającego przedłożył wyjaśnienia (pismo nr 2SE8/D/KuP/12/22/015 z dnia 22.12.2022 r.) wraz z ww. wyjaśnieniami nie złożono dowodów.

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o przedłożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (...)

W dniu 11 stycznia 2023 r. Budimex udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie. Wyjaśnienia („pkt Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie treści oferty”) wraz z załącznikiem nr 1 wykonawca w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wbrew treści art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poddał ofertę Budimex dalszej ocenie, mimo że wyjaśnienia wykonawcy złożone na pierwsze wezwanie, nie uzasadniały podanej w ofercie ceny lub kosztu. Skierowanie do wykonawcy ponownego wezwania 5 stycznia 2023 r. do udzielenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub jej istotnych części składowych, było niedopuszczalne. Budimex, wbrew obowiązkowi wynikającym w fakcie wszczęcia w stosunku do jego oferty procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny oraz wbrew standardom profesjonalisty, złożył wyjaśnienia ogólne, zdawkowe, niezgodne z wezwaniem, nienawiązujące do przedmiotu zamówienia, niezawierające żadnych konkretnych danych cenotwórczych umożliwiających weryfikację ceny oferty, bez przedstawienia wyliczeń (kosztorysu, czy rozbiecia), które mogłyby przekonać Zamawiającego o prawidłowości skalkulowania ceny oraz bez dowodów potwierdzających przyjęte wielkości. Wyjaśnienia te miały charakter ogólnych informacji o firmie wykonawcy i pozycji wykonawcy na rynku i de facto nie dotyczyły kalkulacji konkretnej ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie do wyjaśnień z 7 grudnia 2022 r. nie powinno budzić żadnych wątpliwości profesjonalnego wykonawcy, co do podstaw prawnych i faktycznych wezwania, a także co do tego na kim spoczywa rygor dowodowy oraz co do oczekiwań Zamawiającego. Zamawiający wyznaczył wykonawcy odpowiedni termin na udzielenie wyjaśnień i ostatecznie termin ten jeszcze przedłużył. Profesjonalny wykonawca jest w stanie przygotować wyjaśnienia cenowe wraz z dowodami w terminie 14 dni.

Zdaniem Odwołującego, nierzetelność wyjaśnień z 22 grudnia 2022 r. wynika również z tego, że wykonawca wskazał w sposób ogólny na zasoby sprzętowe, materiałowe, osobowe ale nie określił jakie ma to przełożenie na cenę, jej skalkulowanie i obniżenie. Wykonawca nie sprecyzował kosztów wykonania, nie wskazał również kosztów pracy, do których wyjaśnienia wezwał Zamawiający. Budimex nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń

ceny, nie złożył kosztorysu, czy też rozbitcia ceny oferty. Nie złożył żadnej korzystnej oferty od podwykonawców, na które powołał się w wyjaśnieniach. Tym samym stwierdzenie samego wykonawcy na końcu wyjaśnień, że „przedstawione wyjaśnienia, jednoznacznie pozwalają stwierdzić, że zaofferowana cena nie jest rażąco niska, a ceny jednostkowe zostały ustalone na rynkowym poziomie”, są całkowicie gołostowne i oderwane od treści wyjaśnień. W oparciu o wyjaśnienia wykonawcy nie można poczynić żadnych ustaleń i dokonać choćby częściowej weryfikacji ceny oferty, nie mówiąc o weryfikacji cen jednostkowych i w konsekwencji całej ceny. Stan wiedzy Zamawiającego po uzyskaniu wyjaśnień był taki sam jak po otwarciu ofert, sprowadzał się do danych zawartych w Załączniku nr 1a do oferty (Zestawienie kosztów zadania).

Odwołujący stwierdził, że postępowanie Budimex w toku procedury wyjaśniającej było niedbałe. Wykonawca nie dochował należytej staranności przy składaniu wyjaśnień cenowych. Wykonawca Budimex ma duże doświadczenia nie tylko w realizacji podobnych kontraktów, na które powołał się wielokrotnie w złożonych wyjaśnieniach, ale również doświadczenie związane z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane – wielokrotnie składał wyjaśnienia cenowe i postępował z gołą odmiennie od tego, jak uczynił to w przedmiotowym przetargu.

Odwołujący zaznaczył, że również biegły rzeczoznawca powołany przez Zamawiającego zdyskwalifikował wyjaśnienia Budimex, stwierdzając w opinii z 4 stycznia 2023 r., że nie ma możliwości zweryfikowania wyjaśnień oferenta.

Odwołujący podniósł, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają argumenty Budimex podnoszone w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2022 r., dotyczące bezzasadności wezwania Zamawiającego, z tego powodu, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego nie stanowi wiarygodnego odniesienia. Takie stanowisko jest co do zasady sprzeczne z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Natomiast rzeczywiście regulacja ta nie jest bezwzględna. To znaczy art. 224 ust. 2 pkt 1 in fine umożliwia Zamawiającemu w przypadku gdy rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia odstąpienia od wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo zniżenia o co najmniej 30% w stosunku do wartości zamówienia, czy średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Natomiast w realiach niniejszego postępowania taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający nie odstąpił od wezwania, tylko wezwał do wyjaśnień cenowych Budimex i tym samym przerzucił na niego obowiązek wykazania, że cała cena została skalkulowana w sposób prawidłowy. Budimex nie zaskarżył wezwania.

Odwołujący zaznaczył, że o realności ceny oferty Budimex nie mogą świadczyć ceny innych ofert, czy też wyjaśnienia cenowe innego wykonawcy. Wówczas bowiem pozbawiona znaczenia byłaby sankcja za niewykazanie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i złożenia dowodów, w sytuacji złożenia przez wyjaśnień, które miały jedynie pozór wyjaśnień cenowych na pierwsze wezwanie oraz w sytuacji gdy zrezygnował on z inicjatywy dowodowej w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Na premedytację w tym zakresie wskazuje postępowanie samego wykonawcy, który na pierwsze wezwanie złożył jawne ogólne wyjaśnienia, a na drugie wezwanie złożył już wyjaśnienia, które utajnił, musiały one w związku z tym zawierać już konkrety umożliwiające weryfikację ceny. Wprawdzie art. 224 ustawy Pzp nie stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych jednokrotnie, ale przyjmuje się, że biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalisty, a także z uwagi na zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, wezwanie w przedmiocie rażąco niskiej ceny, co do zasady należy kierować jednokrotnie. O tym czy jest możliwość kierowania do wykonawcy dalszych wezwań do wyjaśnień cenowych decydują okoliczności danego postępowania. Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia.

Zdaniem Odwołującego, drugie wezwanie do wyjaśnień z 5 stycznia 2022 r. było ponowieniem pierwszego. Nie zmienia oceny w tym zakresie okoliczność, że Zamawiający w drugim wezwaniu, poza ponownym wezwaniem do wyjaśnienia i złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub jej istotnych części składowych, zwrócił się do wykonawcy również z nowym żądaniem wyjaśnienia treści oferty. Dotyczy to pkt 1 wezwania, w którym Zamawiający zażądał wyjaśnień odnośnie założenia „znaczącej zmiany niwelety” przyjętego do oferty. Sam fakt ujawnienia sprzeczności oferty z warunkami zamówienia nie uzasadniał wezwania z pkt 2, które było wezwaniem do tego samego, do czego wzywał Zamawiający w pierwszym wezwaniu, tj.:

- ppkt a (wskazanie zakresu prac, które wykonawca zamierza zrealizować z udziałem podwykonawców oraz zakresu prac, które zamierza zrealizować siłami własnymi) i ppkt b) (przedłożenie ofert podwykonawców) odpowiadał pkt 2 i 6 z pierwszego wezwania;
- pkt c (zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy) oraz pkt d (zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie) odpowiadał pkt a i b z pierwszego wezwania.

Odwołujący zaznaczył, że wezwanie do wyjaśnień treści oferty sformułowane w pkt 1 było niecelowe w związku z tym, że oferta Budimex podlegała odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zarzut nr VII

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia Budimex z 22 grudnia 2022 r. ujawniły sprzeczność zaofferowanego świadczenia w zakresie niwelety drogi z SWZ. Sprzeczność tę stwierdził sam Zamawiający, który w wezwaniu z 5 stycznia 2023 r. wskazał, że niweleta jest zawarta w projekcie budowlanym, który stanowi załącznik do Programu funkcjonalno-użytkowego i jest dokumentem wiążącym wykonawców na etapie składania ofert. Wykonawca zmieniając niweletę

oferował świadczenia niezgodne z wiążącymi wymaganiami Zamawiającego. Również w zakresie prac projektowych będących przedmiotem zamówienia Zamawiający wymagał, aby projekty wykonawcze były zgodne z projektem budowlanym. Tak więc wykonawcy mieli jasny opis przedmiotu zamówienia, który nie dopuszczał swobody wykonawcy w tym zakresie (własnych koncepcji, czy własnych projektów).

Odwołujący powołał się na postanowienia PFU (pkt 1.2.3. Zakres dokumentacji projektowej, 1.3. Aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia ppkt 1.3.1. Informacje ogólne i 2.3. Wymagany zakres i forma dokumentacji projektowej ppkt d) oraz zawarty w Projekcie budowlanym branży drogowej szczegółowy opis rozwiązań branży drogowej – rozwiązania sytuacyjne i podniósł, że wynika z nich, że wykonawca nie był uprawniony kalkulować zmian Projektu budowlanego, tym samym nie był uprawniony zakładać zmianę niwelety i uwzględniać to w kalkulacji, gdyż byłoby to zmianą Projektu budowlanego. Bez znaczenia dla obowiązku kalkulowania niwelety takiej, jak ją opisał Zamawiający, pozostaje fakt, że zamówienie obejmuje również sporządzenia projektu technicznego branży drogowej dla rozbudowywanych skrzyżowań z ul. Lutosławskiego i ul. Kopycińskiego. Poprzez dokończenie/uzupełnienie projektu budowlanego Zamawiający rozumie opracowanie projektu technicznego branży drogowej (zgodnie z Prawem budowlanym jest to składowa projektu budowlanego) obejmującego dodatkowe relacje skretne na skrzyżowaniach ul. Buforowej i ul. Lutosławskiego i ul. Kopycińskiego, zgodnie z rozwiązaniami przedstawionymi w projekcie zagospodarowania terenu oraz projekcie architektonicznobudowlanym, a zatem niweleta drogi na przebudowywanych skrzyżowaniach będzie musiała być dostosowana do drogi, w tym przypadku do ul. Buforowej, dla której Zamawiający przewidział konkretne rzędne. Ze specyfiki przedmiotowego zadania, które nie polega na budowie nowej drogi, tylko na budowie i rozbudowie w ramach infrastruktury drogowej istniejącej, wynika, że roboty będą musiały być dostosowane do niwelety istniejących ulic. Tym samym charakter robót objętych zamówieniem wyklucza optymalizację niwelety, nawet gdyby Zamawiający wyraźnie to dopuścił w specyfikacji.

Dalej Odwołujący podniósł, że nie uprawniało wykonawcę do przyjęcia do oferty zmienionej niwelety okoliczność, na którą wskazał Zamawiający, tj. że w przypadku zmian czy odstępstw wymagana jest zgoda Zamawiającego. Dotyczy to bowiem etapu realizacji, a nie etapu ofertowania (który zakłada porównywalność ofert).

Odwołujący wskazał, że projekt techniczny (PT) jest – oprócz projektu zagospodarowania terenu (PZT) i projektu architektoniczno-budowlanego (PAB) – jedną z części projektu budowlanego. PZT i PAB, udostępnione na etapie przetargu, uwzględniają już przebudowę skrzyżowań. PZT i PAB, które udostępniono i które będą w wersji końcowej z decyzją ZRID przekazane wykonawcy definiują jednoznacznie geometrię, rozwiązania wysokościowe (niweletę) i konstrukcję nawierzchni. Udostępniony na etapie przetargu projekt techniczny bez uwzględnienia skrzyżowań zawierał mało istotne z punktu widzenia kosztów detale konstrukcji nawierzchni i rysunki ze sprawdzeniem przejezdności. W związku z tym, że PT nie może być sprzeczny z PZT i PAB, a tylko je uzupełniać, zakres możliwych w PT rozwiązań, będących koncepcją wykonawcy, jest z góry zeterminowany rozwiązaniami wskazanymi w PZT i PAB, a zatem nie ma żadnego wpływu na koszty. Ponieważ w PFU Zamawiający napisał o potrzebie uzupełnienia/dokończenia PT tak, aby uwzględniał on przebudowę skrzyżowań, nawet zupełnie nieistotne detale z PT udostępnionego na etapie przetargu, powinny być w PT uwzględniającym skrzyżowania zachowane. Zatem, dokończenie projektu budowlanego (projektu technicznego dla dwóch skrzyżowań) to praca projektowa w niewielkim zakresie, ponieważ dla wszystkich pozostałych dróg oraz pozostałych branż projekty techniczne już są wykonane. Tak więc, nie ma miejsca dla własnych koncepcji, gdyż są już jasne rozwiązania projektowe, wiążące wykonawcę, również w zakresie tych dwóch skrzyżowań. Poza tym, zakres przebudowy skrzyżowań, o który należy uzupełnić PT branży drogowej, obejmuje tylko poszerzenia istniejącej jezdni ulicy Buforowej więc pomijając fakt niewielkiego znaczenia tych robót na cenę, nie ma żadnych możliwości dowolnego kształtowania wysokościowego na poszerzeniach istniejącej jezdni. Nie ma też możliwości wprowadzania dla skrzyżowań zmian w zakresie konstrukcji nawierzchni, gdyż przekroje konstrukcyjne, również w zakresie skrzyżowań, zawarte są w PAB, który jest wiążący i nie podlega żadnym korektom (punkt 1.2.3, strona 7 PFU – „Projekty wykonawcze powinny być opracowane zgodnie z projektem budowlanym, bez zgody Zamawiającego nie są możliwe żadne zmiany czy odstępstwa”).

Odnosząc się do twierdzeń Budimex przedstawionych w wyjaśnieniach, Odwołujący podniósł, że Zamawiający przygotował i przekazał do przetargu projekt budowlany, a nie Koncepcję Programową, oferty wykonawców nie miały prawa powstać na podstawie własnych koncepcji zakładających znaczne zmiany, bo dostarczony przez Zamawiającego projekt budowlany był dla wykonawców wiążący i w zakresie określonym w PB nie

dopuszczał żadnych zmian. Skoro oferta zakłada znaczną zmianę niwelety to po pierwsze, nie jest to zgodne ze SWZ, a po drugie, taka zmiana nie byłaby możliwa pod względem technicznym – zaprojektowana w PB niweleta jest niweletą docelowego torowiska tramwajowego i jej projektowanie podlega dużo większym ograniczeniom niż niwelety drogowe. Ponadto, na całej długości występuje bardzo dużo punktów stałych, do których niweleta przy zachowaniu wymagań technicznych dla linii tramwajowej musi się dowiązać: istniejąca jezdni ulicy Bardzkiej i Buforowej, istniejące ciągi piesze i rowerowe, wąski pas rezerwy terenowej pozostawiony dla projektowanej jezdni, która w przyszłości stanie się torowiskiem tramwajowym, perony przystankowe, które muszą być dowiązane jednocześnie do istniejącej jezdni ulicy Buforowej i do projektowanej jezdni, duża ilość skrzyżowań i potrzeba wysokościowego dowiązania do rzędnych na ich wlotach, które projektowana jezdni przecina, istniejące rondo na skrzyżowaniu z ulicą Terenową, gdzie konieczne było dowiązanie wysokościowe do wlotu ulicy Terenowej, linia kolejowa, gdzie konieczne było dowiązanie do wysokości toru na projektowanym przejeździe kolejowym, projektowana pętla autobusowa, a docelowo tramwajowo-autobusowa, wiadukt kolejowy, gdzie należało zachować wymaganą skrajnię, sieci uzbrojenia przechodzące poprzecznie przez rezerwę terenu dla projektowanej jezdni, dla których w miarę możliwości należało zachowywać wymagane przykrycie.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Budimex podał w wyjaśnieniach: „Należy przy tym mieć na uwadze, że ze względu na specyfikę niniejszego zamówienia – zamówienie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” (z elementami optymalizacji) – pewne założenia leżące u podstaw wyceny oferty mogą ulec zmianie (a z pewnością uszczegółowieniu)

na etapie Projektowania, czy realizacji Robót, co jednak nie będzie prowadziło do zmiany treści złożonej oferty. Wykonawca zaferował bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z SWZ i obowiązującymi przepisami prawa. Nadto, Wykonawca, uwzględniając powyższe, w cenie ofertowej wycenił ryzyko związane z koniecznością zmiany niektórych założeń, o których mowa." Zdaniem Odwołującego potwierdza to, że Budimex przyjął zmianę założeń projektu budowlanego, co oznacza, że oferta jest zgodna z SWZ.

Odwołujący podniósł, że zawarte w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2022 r. stwierdzenie co do przyjęcia do oferty znacznej zmiany niwelety było oświadczeniem woli wykonawcy co do sposobu zrealizowania budowy i przebudowy dróg objętych zamówieniem, co wykluczało jakąkolwiek procedurę poprawy. Zwracanie się o wyjaśnienie tej kwestii do wykonawcy oznaczało negocjowanie przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na niedopuszczalny sposób sformułowania wezwania z 5 stycznia 2023 r. w zakresie pkt 1, które poza żądaniem wyjaśnień domaga się potwierdzenia uwzględnienia wymagań

Zamawiającego w zakresie niwelety. Taki sposób sformułowania wezwania jest sugerujący. Wykonawca, który otrzyma takie wezwanie dokładnie wie co zrobić i jak udzielić odpowiedzi, by pozostać w przetargu. Nawet jeżeli Budimex w utajnionym wyjaśnieniu potwierdził uwzględnienie wszystkich wymagań SWZ, w tym tych odnośnie niwelety drogi, to takie oświadczenie jest niedopuszczalną, istotną zmianą treści oferty.

Zarzut nr VIII (zarzut ewentualny)

Odwołujący wskazał, że w zakresie bezzasadnego utajnienia wyjaśnień Budimex (pismo 11 stycznia 2023 r. oraz załącznik) aktualnie pozostają argumenty przytoczone przez Odwołującego w zakresie bezzasadnego utajnienia wyjaśnień drugiego wykonawcy PRO – TRA.

Odwołujący podniósł, że jawny dla wszystkich Projekt budowlany oraz wcześniejsze jawne wyjaśnienia cenowe w tym zakresie, w tym co do założeń przyjętych do oferty przez wykonawcę optymalizacji niwelety, wykluczało utajnienie dalszych wyjaśnień dotyczących tego tematu. Takie informacje jako informacje pochodzące z jawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, wyjaśnienia cenowe, nawet przyjmując ich skonkretyzowanie na drugie wezwanie wciąż pozostaną informacjami na temat wyliczenia danej konkretnej ceny oferty za konkretne roboty budowlane, która pozostaje przecież jawna dla wszystkich z mocy prawa.

Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Budimex jest nieprzekonujące. Wykonawca wartość gospodarczą przekazanych informacji opisał lakonicznie i zbiorczo, wskazując jedynie, że „przekazane informacje odnoszą się do szczegółowych kwestii związanych z zaferowaną przez Wykonawcę ceną." W odniesieniu do wartości gospodarczej Załącznika nr 1 wykonawca wskazał, że „dane zawarte w załączniku nr 1 (...) oznaczają zaangażowanie czasowe zespołu do spraw wycen obejmujące okres kilku miesięcy" oraz że „Jest to czas, w którym specjalnie dedykowany zespół osób w ramach organizacji strukturalnej Wykonawcy zajmuje się analizą warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania i w którym określa każde z wymagań w dedykowaną danemu zagadnieniu pozycję w ramach Zestawienia Kosztów Zadania." W zakresie załączonych ofert podwykonawczych wykonawca podał, że „stanowią uzupełnienie wyjaśnień zamieszczonych w części II niniejszego pisma" oraz że „większość ze złożonych ofert przez Podwykonawców zostało opatrzonych klauzulą poufności i stanowi tajemnicę handlową zarówno podwykonawcy, jak i Wykonawcy. Wykonawca nie został upoważniony do przekazywania ich szczegółów w zakresie nie wymaganym do spełnienia wszystkich wymogów Zamawiającego w celu pozyskania kontraktu." Także, że „oferty te są bardziej szczegółowe i zawierają szereg

pozycji, które bezpośrednio nie widnieją w Zestawieniu Zamawiającego". Ponadto Budimex wskazał, że „Wykonawca wykazuje konkretną wartość gospodarczą powołując się właśnie na stopień skomplikowania przygotowanej oferty (wyłącznie na potrzeby dokonania przez Wykonawcę wyceny), a także czasowe zaangażowanie zespołu przygotowującego przekazywany formularz. Okoliczności te mają dla niego wymierną wartość w kontekście przygotowywania tej konkretnej jednostkowej oferty."

Odwołujący podniósł, że nie można uznać takiego uzasadnienia za wystarczające. Stwierdził, że szczegóły związane z zaferowaną ceną są wciąż informacją o danej cenie za dany przedmiot zamówienia i trudno doszukać się tu waloru trwałego dla wykonawcy, a dla konkurencji możliwości wykorzystania tej informacji do walki konkurencyjnej w innych przetargach. Po drugie, informacja o czasie jaki poświęcił zespół do sporządzenia wyceny w danym postępowaniu również nie ma waloru trwałego dla wykonawcy, a dla konkurencji możliwości wykorzystania tej informacji do walki konkurencyjnej w innych przetargach. Po trzecie, zastrzeżenie poufności w ofertach podwykonawczych nie oznacza wykazania wszystkich przesłanek a art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w stosunku do oferty podwykonawczej. Tajemnica handlowa to nie to samo, co tajemnica przedsiębiorstwa.

Zdaniem Odwołującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie koresponduje z realiami niniejszego postępowania. Zamawiający po pierwsze, żądał wyjaśnień w zakresie treści oferty, w związku z jawną informacją Wykonawcy w pierwszych wyjaśnieniach o przyjęciu założenia niezgodnego z warunkami zamówienia, tj. z projektem budowlanym sporządzonym przez Zamawiającego na potrzeby danego zamówienia. Zarówno przyjęte przez wykonawcę BUDIMEX założenie do oferty w tym przedmiocie jak i Projekt budowlany, z którym oferta powinna być zgodna, zostały w danym postępowaniu ujawnione. Skoro przedmiotem dalszych wyjaśnień miało być sprecyzowanie informacji jawnej i potwierdzenie zgodności z warunkami danego konkretnego zamówienia jawnej oferty, trudno doszukiwać się w tym wartości gospodarczej, skoro są to informacje z danego konkretnego postępowania, jawne dla wszystkich. Ponadto, charakter niniejszego zamówienia, realizacja robót budowlanych na podstawie Projektu budowlanego dostarczonego przez Zamawiającego nie daje swobody wykonawcom, w zakresie urzeczywistnienia własnych koncepcji i projektów.

Zdaniem Odwołującego Budimex powołał się na nieaktualne poglądy prawne, zgodnie z którymi ustawodawca, posługując się w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji sformułowaniem „inne informacje posiadające wartość gospodarczą” automatycznie przesądził, że informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa zawsze taką wartość posiadają”. Odwołujący podniósł, że z przepisu tego

nie wynika automatyzm, a informacje techniczne, technologiczne lub organizacyjne przedsiębiorstwa również muszą posiadać wartość gospodarczą, aby zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do możliwości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całych dokumentów Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie powszechnie przyjmuje się zasadę minimalizacji informacji zastrzeganych (tylko tyle ile jest potrzebne do pogodzenia zasady jawności postępowania i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa). Oznacza to precyzyjne zastrzeżenie konkretnych informacji, a nie całych dokumentów. Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie ocenia czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego bezzasadnego utajnienia wyjaśnień Budimex z 11 stycznia 2023 r., Odwołujący podniósł, że cena oferty tego wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika to przede wszystkim z faktu, że cena oferty wykonawcy odbiegała o około 40% od szacunkowej wartości zamówienia. Nadto cena oferty była znacznie niższa od ceny ofert sklasyfikowanych na miejscu 3 i 4. Ponadto, biorąc pod uwagę, że wykonawca Budimex założył znaczną zmianę niwelety, nie uwzględniając wymagań Zamawiającego, który nie dopuścił optymalizacji na etapie ofertowania, należy stwierdzić, że nie jest możliwe wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Jednocześnie, nie istnieją okoliczności faktyczne umożliwiające wykazanie realności takiej ceny. W związku z powyższym, Zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy z uwagi na to, że zaoferowana cena jest rażąco niska, a wykonawca nie wykazał realności takiej ceny.

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

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

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpi wykonawca PRO-TRA Building Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Budimex S.A. z uwagi na fakt, że Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu tych zarzutów, a wykonawca Budimex nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut główny, dotyczący niezasadnego zastrzeżenia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pismem z 7 grudnia 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w ofercie lub jej istotnych części składowych.

W dniu 20 grudnia 2022 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w ramach których przedstawił: pismo przewodnie ze wstępem do wyjaśnień merytorycznych, załącznik nr 1 – wyjaśnienia szczegółowe, Politykę ochrony informacji, oferty cenowe kontrahentów oraz kosztorysy szczegółowe na roboty drogowe. Przystępujący zastrzegł wyjaśnienia w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Poza przytoczeniem treści regulacji prawnych oraz przedstawieniem cytatów z orzecznictwa, Przystępujący przedstawił argumentację, mającą uzasadniać zasadność zastrzeżenia, którą Zamawiający ujawnił w następującym zakresie:

Wykonawca wskazuje, iż cała kalkulacja ceny ofertowej oraz przedłożone wyjaśnienia, z uwagi na brak przedmiarów sporządzonych przez Zamawiającego, zostały oparte na przedmiarach sporządzonych na zlecenie Wykonawcy przez zewnętrzne biuro projektowe, za stosowne wynagrodzenie. Przedmiary te w połączeniu z indywidualnie wynegocjowanymi cenami j'ednostkowymi materiałów, stanowią informację posiadającą wartość gospodarczą, zatem mogą one stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Ujawnienie informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach składowych w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 PZP, stanowił będzie czyn nieuczciwej konkurencji. (...)

Wykonawca wskazuje, że w stosunku do zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji powyższe przesłanki zostały spełnione. Zastrzegane informacje mają przede wszystkim charakter informacji organizacyjnych Wykonawcy i posiadają dla niego wartość gospodarczą. Nie może budzić wątpliwości, iż przedmiotowe wyjaśnienia wraz z obliczeniami mają taki charakter, prezentują bowiem, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany oraz na jakiej podstawie Wykonawca był w stanie zaoferować taką, a nie inną cenę (cenę konkurencyjną względem innych wykonawców). Co więcej, zastrzegane przez

Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, przedstawiają wartość gospodarczą nie tylko dla samego

Wykonawcy, ale także dla każdego wykonawcy działającego w branży budowlanej, nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego było poprzedzone analizą rynku oraz zbraniem ofert od potencjalnych dostawców i podwykonawców, przy czym Wykonawca dzięki swojej wiarygodności finansowej, długiej i rzetelnej współpracy z dostawcami i podwykonawcami, był w stanie wynegocjować bardzo korzystne warunki cenowe. Udostępnienie tych informacji wpłynie znacząco na pogorszenie pozycji Wykonawcy na rynku oraz obniży jego potencjał w zakresie konkurencji.

Ponadto cała kalkulacja ceny ofertowej oraz przedłożone wyjaśnienia, z uwagi na brak przedmiarów sporządzonych przez Zamawiającego, zostały oparte na przedmiarach sporządzonych na zlecenie Wykonawcy przez zewnętrzne biuro projektowe, za stosowne wynagrodzenie. Przedmiary te w połączeniu z indywidualnie wynegocjowanymi cenami jednostkowymi materiałów, stanowią informacje posiadającą wartość gospodarczą, zatem mogą one stanowić tajemnice przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233). Ujawnienie informacji zawartych w niniejszych wyjaśnieniach składanych w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 PZP, stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji. Skoro Wykonawca poniósł koszty sporządzenia ww. przedmiarów niedopuszczalne jest, aby z uwagi na ich upublicznienie mogły być wykorzystane przez innych oferentów, którzy takowych kosztów nie ponieśli. (...) Wykonawca, z racji odmiennego charakteru prowadzonej działalności (o czym szerzej w Wyjaśnieniach) może z pewnością konkurować wysokością kosztów ogólnych z konkurentami. Jednak nie jest to z pewnością jedyna okoliczność różnicująca poziom kosztów Wykonawcy i jego kontrahentów. Wykonawca zakłada, że drugim elementem różnicującym ten poziom jest właśnie wartość upustów (rabatów) uzyskiwanych w indywidualnych negocjacjach z lokalnymi podwykonawcami. Mimo, iż wszystkie firmy, które złożyły oferty w Postępowaniu w dużym zakresie korzystają z podwykonawców, Wykonawca zakłada, że to on uzyskuje najkorzystniejsze oferty z rynku, właśnie dzięki długiemu okresowi współpracy i indywidualnym negocjacjom oraz wypracowanym relacjom biznesowym. Kalkulacja ceny załączona do wyjaśnień zawiera szereg informacji na temat strategii budowania przez Wykonawcę ceny ofertowej, w tym informacje wskazujące na wysokość zakładanego przez Wykonawcę zysku, na koszty ponoszone przez Wykonawcę w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej itd. Kalkulacja ta pokazuje, jak Wykonawca ustala koszty do poszczególnych grup robót, jak minimalizuje koszty określonych robót, jak grupuje i dzieli koszty wspólne dla większej ilości robót, w jaki sposób

kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych grup robót, jak wycenia ryzyko i przypisuje je do poszczególnych grup robót. Kalkulacja ta wreszcie pozwoli na odtworzenie kosztów zatrudnienia podwykonawców, o czym mowa była powyżej. Informacje te mają w sposób oczywisty wartość gospodarczą dla Wykonawcy, bowiem przewagę konkurencyjną na rynku buduje się także poprzez przyjęcie odpowiedniej strategii budowania ceny ofertowej, w tym poprzez minimalizację kosztów własnych i racjonalną wycenę wysokości marży przypisanej danemu zadaniu. Dobór dostawców i podwykonawców, a co za tym idzie strategii pozyskiwania materiałów oraz sposobu realizacji robót, tak z uwagi na wysokość przysługujących im wynagrodzeń, jak i treść pozostałych postanowień zawartych w umowach, zdradza konkurentom przemyślaną i sprawdzoną, właściwą wyłącznie Wykonawcy, strategię kalkulacji ceny przyjętą na etapie ubiegania się o zamówienie oraz warunki dostępne wyłącznie Wykonawcy. Strategia kalkulacji ceny stanowi natomiast jeden z elementów składających się na taktykę, pozwalającą zaoferować wykonawcom korzystną cenę ofertową, gwarantującą mu osiągnięcie maksymalnego zysku na etapie realizacji zamówienia. Jak wynika z doświadczeń Wykonawcy, przedsiębiorcy o zbliżonych do Wykonawcy cechach, prowadzący działalność na podobną skalę, tj. posiadający podobne doświadczenie, rozeznanie rynku, infrastrukturę, zaplecze techniczne i osobowe etc., nie są w stanie nawiązać tak atrakcyjnych cenowo warunków współpracy z dostawcami, także z uwagi na obszar działalności Wykonawcy jako firmy budowlanej działającej na lokalnym rynku. Innymi słowy, tylko taki dobór kontrahentów oraz zasad współpracy, jakie zostały ustalone przed złożeniem oferty, pozwoliły Wykonawcy zaoferować konkurencyjną ofertę, przy równoczesnym spełnieniu wszelkich oczekiwań Zamawiającego. W tym kontekście podkreślić także należy, że Dostawcy i Podwykonawcy, z którymi Wykonawca współpracuje, nie są powszechnie znani na rynku budowlanym. Tym samym ujawnienie firm dostawców oraz ich ofert naraziłoby Wykonawcę na istotny uszczerbek będący wynikiem nawiązania kontaktu z tymi lokalnymi firmami przez konkurentów rynkowych Wykonawcy składających oferty w Postępowaniu. Należy bowiem wskazać, iż również treści ofert dostawców i podwykonawców są objęte tajemnicą ich przedsiębiorstwa.

Sposób skalkulowania ceny ofertowej jest pochodną przyjętych przez Wykonawcę sposobów minimalizowania ryzyka oraz kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, jak również przyjętych sposobów wyceny ryzyka, którego nie da się zminimalizować, a więc takich „informacji praktycznych”, które wykonawca wypracował w toku prowadzenia działalności gospodarczej (wynikających z doświadczeń Wykonawcy) i nie udostępni ich podmiotom trzecim. Jak wynika z powyższego, Wykonawca przedstawił wyczerpujące i konkretne parametry determinujące cenę lub koszt. Zaoferowana cena została poparta szczegółowymi dowodami w postaci kalkulacji indywidualnych, wskazania dostawców materiałów i cen

materiałów, ofert podwykonawców. Wykonawca przedstawił konkretne okoliczności dające mu możliwość zaoferowania ceny niższej niż konkurencja. (...)

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje zawarte w przedkładanych dokumentach nie są informacjami powszechnie dostępnymi, a Wykonawca podjął kroki zmierzające do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Wykonawca podkreśla, że zastrzegana część Wyjaśnień stanowi zbiór informacji zebranych i zestawionych ze sobą dla potrzeb wykazania rynkowego charakteru ceny zaoferowanej w Postępowaniu. Informacje w takim zestawieniu (zbiorze) nie są ujawniane nikomu poza Zamawiającym i nie są też powszechnie znane. Dostęp do tych 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), osoby odpowiedzialne za sporządzenie niniejszego opracowania (osoba przewidziana do zarządzenia zamówieniem, w razie jego uzyskania) oraz zarząd Wykonawcy. Lista

osób, które uczestniczyły w przygotowaniu niniejszego opracowania, w załączeniu (dokument ten zastrzegamy jako tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na okoliczność, iż zawiera on dane osobowe pracowników Wykonawcy, a nadto stanowi gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionych u Wykonawcy i odpowiedzialnym za przygotowanie tego typu opracowań). Zaznaczyć należy, że z uwagi na sposób organizacji Wykonawcy (Wykonawca nie jest spółką korporacyjną o rozbudowanej strukturze administracyjnej) lista osób mających dostęp do zastrzeganych informacji jest bardzo krótka.

Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników Wykonawcy 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. Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy.

W załączeniu Wykonawca przedkłada także następujące dokumenty: Deklarację w przedmiocie Polityki Ochrony Informacji, Politykę Ochrony Informacji oraz Zobowiązania do zachowania poufności podpisane przez osoby, które mają u Wykonawcy wgląd do informacji zastrzeganych (podkreślając, że dokumenty te również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, jako chronione przez Wykonawcę przed ujawnieniem informacji organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające wartość gospodarczą i organizacyjną).

W odniesieniu do przedmiarów sporządzonych na zlecenie Wykonawcy, wykazuje, iż w umowie między Wykonawcą a Projektantem zastrzeżono, iż projektant nie jest upoważniony do przekazania (ujawnienia) opracowanych przedmiarów innym podmiotom, co wiązało się z koniecznością zapłaty przez Wykonawcę wyższego wynagrodzenia dla projektanta. (...)

Pismem z 5 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W dniu 11 stycznia 2023 r. Przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia, wskazując m.in.:

W pierwszej kolejności PRO-TRA BUILDING sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zastrzega w trybie art. 18 ust. 3 PZP całą treść (tj. Załącznik nr 1 do niniejszego pisma i załączniki do niego) dodatkowych wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Szczegółowe wyjaśnienie i uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa zostało zawarte w wyjaśnieniach - piśmie z dnia 20.12.2022 r. nr 19/12/2022. Wykonawca zawarte w piśmie z dnia 20.12.2022 r. nr 19/12/2022 uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa rozciąga również na dodatkowe wyjaśnienia zawarte w załączniku Nr 1 do niniejszego pisma.

W szczególności Wykonawca wskazuje, iż cała kalkulacja ceny ofertowej oraz przedłożone dodatkowe wyjaśnienia, z uwagi na brak przedmiarów sporządzonych przez Zamawiającego, zostały oparte na przedmiarach sporządzonych na zlecenie Wykonawcy przez zewnętrzne biuro projektowe, za stosowne wynagrodzenie. (.) w Załączniku nr 1 do niniejszego pisma Wykonawca w jeszcze bardziej szczegółowy sposób (choć już pierwotne wyjaśnienia były szczegółowe) wyjaśnił stosowane przez siebie zasady grupowania kosztów robót podobnych, a więc rozwiązania, jakie stosuje przy kalkulowaniu cen ofertowych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowią jego know how, co dodatkowo potwierdza, że zastrzegane informacje mają wartość gospodarczą dla Wykonawcy. (.)

W dniu 27 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował Przystępującego, że: odtajnia treść pisma przewodniego nr 19/12/2022 w zakresie zgodnym z załącznikiem do niniejszego pisma tzn. utajnia zakres informacji zaczerpnięty a zastrzeżenie przez Wykonawcę pozostałej części pisma (pola niezaczerpnięte) uznaje za bezskutecznie utajnione i informuje, że dokonuje ich odtajnienia. Zakres odtajnionych zgodnie z załącznikiem do niniejszego pisma przez Zamawiającego informacji nie zawiera żadnych danych, które można by było uznać za posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy, a tym samym zawarte w ww. piśmie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wstęp do wyjaśnień

merytorycznych ceny nie zawiera informacji posiadających przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie ujawnił złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., 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. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 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 art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia.

Zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych. Rozwiązanie takie zostało utrzymane w obecnie obowiązującym stanie prawnym. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się konieczność „wykazania” oznacza obowiązek dużo dalej idący, niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika także, że wykazanie skuteczności zastrzeżenia powinno nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

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

Wyraźnie podkreślić należy, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę polega na odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

W ocenie Izby uzasadnienie zastrzeżenia przedłożone przez Przystępującego nie potwierdza zasadności utrzymania tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania wartości gospodarczej zastrzeganych

informacji. Przedstawione przez niego uzasadnienie zastrzeżenia jest ogólnikowe, obejmujące ogółostwne deklaracje wykonawcy. Ma ono charakter na tyle ogólny, że mogłoby w tym samym kształcie zostać przedstawione w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane, a w znacznej części także w postępowaniach na innego rodzaju zamówienia. Istotną częścią uzasadnienia, to teoretyczne wywody dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa, niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia konkretnych informacji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawione uzasadnienia zawierają w zasadzie deklaracje wykonawcy o istnieniu takiej wartości, przy czym wartość ta – w ocenie Izby – nie została ani wykazana, ani nawet uprawdopodobniona.

Po pierwsze, Przystępujący nie wykazał, które konkretnie informacje i w jaki sposób pokazują, jak Przystępujący organizuje proces budowlany oraz w jaki sposób może to być wykorzystane ze szkodą dla niego przez innych wykonawców. Niewystarczające jest ogólnikowe stwierdzenie, że przedmiotowe wyjaśnienia wraz z obliczeniami mają taki charakter, prezentują bowiem, w jaki sposób Wykonawca organizuje proces budowlany oraz na jakiej podstawie Wykonawca był w stanie zaferować taką, a nie inną cenę. Nie jest przy tym niczym niestandardowym poprzedzenie sporządzenia oferty analizą rynku i zebraniem ofert od potencjalnych dostawców i podwykonawców – jest to działanie podejmowane przez każdego wykonawcę. Przyjęcie takiej argumentacji prowadziłoby do nieakceptowalnego wniosku, że zaprezentowanie rozbicia ceny ofertowej dla poszczególnych pozycji podlegających wycenieniu czy składników kosztotwórczych może co do zasady pozostawać w postępowaniach o udzielenie zamówienia niejawnie. Z uzasadnienia nie sposób powziąć żadnej wiedzy, dlaczego akurat obliczenia przedstawione przez Przystępującego w tym postępowaniu miałyby taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić, nie wiadomo, jakie szczególne cechy można tej kalkulacji przypisać i w jaki sposób mogłaby ona być wykorzystana przez innych wykonawców w przyszłości, w celu stworzenia przewagi konkurencyjnej.

To samo dotyczy warunków współpracy Przystępującego z jego kontrahentami. Również w tym przypadku nie wykazano, w jaki sposób inni wykonawcy mogliby z tej wiedzy skorzystać w tym lub w przyszłych postępowaniach. Jeśli Przystępujący – jak sam twierdzi – dzięki swojej wiarygodności finansowej, długiej i rzetelnej współpracy z dostawcami i podwykonawcami, był w stanie wynegocjować bardzo korzystne warunki cenowe, to powinien wykazać, jak mógłby to utracić na rzecz innych wykonawców poprzez ujawnienie tych informacji. Trudno też zakładać, że podwykonawcy biorący udział w realizacji części zamówienia publicznego pozostaną w przyszłości nieujawnieni. W odniesieniu do dostawców zauważenia wymaga natomiast, że Przystępujący nie wykazał, aby realizacja zamówienia wymagała dostaw unikatowych czy szczególnie trudnych do zrealizowania, z których dostępnością są problemy lub które realizowane są przez nieznaną wykonawcom działającym w branży podmioty. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia są typowe roboty budowlane, niecharakteryzujące się szczególną skalą czy skomplikowaniem, argumentację Przystępującego w tym zakresie należy uznać ogółostwną i nieprzekonującą.

W kwestii zastrzeżenia przedmiarów robót zauważyć należy, że art. 16 ustawy Prawo autorskie stanowi, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią

nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do: 1) autorstwa utworu; 2) oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo; 3) nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania; 4) decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności; 5) nadzoru nad sposobem korzystania z utworu. Zgodnie z art. 17 tej ustawy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, twórcy przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Przepisy te określają prawa autora utworu, których naruszenie nie może polegać na samym zapoznaniu się z treścią utworu. Nie sposób uznać, że Zamawiający ujawniając niezasadnie zastrzeżoną tajemnicę podlegałby odpowiedzialności za naruszenie praw twórcy utworu (ujawnienie takie jest bowiem ustawowym obowiązkiem Zamawiającego), czy też, że wykonawca naruszyłby te prawa wyłącznie przez zapoznanie się z treścią utworu, jeżeli nie łączyłoby się to z jego nieuprawnionym w świetle prawa autorskiego wykorzystaniem.

Niezależnie od powyższego, nie zostało wykazane, jak przedmiary mogłyby być użyte przez innych wykonawców. Oczywistym jest, że nie mogłyby one być wykorzystane w innych postępowaniach, skoro zostały sporządzone dla potrzeb konkretnego zamówienia. Nie sposób też dopatrzeć się możliwości ich wykorzystania w przedmiotowym postępowaniu, oferty dla tego zamówienia zostały już bowiem skalkulowane przez wykonawców ubiegających się o jego udzielenie, którzy musieli sporządzić własne przedmiary (co wykazał Odwołujący przedstawiając swoje przedmiary).

Następnie stwierdzić należy, że Przystępujący nie wykazał, które informacje ujawniają jego bliżej niesprecyzowane know-how, w tym nieznanym innym sposobem minimalizowania ryzyka oraz kosztów robót budowlanych. Argumentacja przedstawiona w tym zakresie stanowi jedynie zbiór ogólnikowych twierdzeń, a uznanie ich za wystarczające dla utrzymania niejawności informacji prowadziłoby do daleko idącego wypaczenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiąc jednocześnie zagrożenie dla innych zasad udzielania zamówień publicznych, których realizacji służy jawność postępowania.

Tym bardziej za nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przekazanych przez Przystępującego dokumentów w postaci Deklaracji w przedmiocie Polityki Ochrony Informacji oraz Polityki Ochrony Informacji. W odniesieniu do tych dokumentów Przystępujący ograniczył się do stwierdzenia, że: dokumenty te również stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, jako chronione przez Wykonawcę przed ujawnieniem informacji organizacyjne przedsiębiorstwa posiadające wartość gospodarczą i organizacyjną. Należy więc stwierdzić, że w tym zakresie Przystępujący nie przedstawił

facto żadnego uzasadnienia. Z kolei w odniesieniu do podpisanych zobowiązań do zachowania poufności Przystępujący wskazał, że stanowią one gotową bazę danych o zespole osób zatrudnionym u Wykonawcy i odpowiedzialnym za przygotowanie tego typu opracowań. W ocenie Izby trudno te dokumenty uznać za bazę o zespole Przystępującego, biorąc pod uwagę, że obejmują one jedynie 7 osób, z których dwie to Prezes i Wiceprezes Zarządu, ujawnieni w dokumentach rejestrowych spółki. Przystępujący nie wykazał, jak informacja o pozostałych pięciu osobach może być wykorzystania przez innych wykonawców ze szkodą dla niego, w szczególności nie wykazał, że są to osoby o unikalnych kompetencjach, szczególnie poszukiwani na rynku pracy. Nie zostało również wykazane, że fakt zatrudnienia u Przystępującego nie jest przez te osoby ujawniany na rynku pracy czy chociażby w serwisach społecznościowych związanych z rynkiem pracy.

Ponadto niezrozumiałe jest informowanie Zamawiającego przez Przystępującego, że ujawnienie informacji przedstawionych w wyjaśnieniach stanowić będzie czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący zdaje się nie dostrzegać, że Zamawiający jest podmiotem ustawowo uprawnionym i zobowiązanym do oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i w przypadku niedostatecznego wykazania przesłanek jej zastrzeżenia jest prawnie zobligowany do ujawnienia informacji. Wobec tego wykazywanie przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno przybierać formy informowania Zamawiającego, że jeżeli zastrzeżone informacje ujawni, to popełni czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że podnosząc zarzut nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący zobowiązany był uprawdopodobnić zasadność zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny. Abstrahując w tym miejscu od tego, że w przypadku rażąco niskiej ceny ciężar dowodu nie spoczywa na Odwołującym, zauważenia wymaga, że oba te zarzuty mają charakter merytorycznie rozłączny, a związek między nimi polega na tym, że skuteczne wykazanie bezzasadności utajnienia wyjaśnień pozwala wykonawcy na ocenę zasadności podniesienia zarzutu rażąco niskiej ceny. W związku z tym za racjonalne i prawidłowe należy uznać takie skonstruowanie zarzutów, jak to zrobił Odwołujący, tj. podniesienie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa jako zarzutu głównego, przy jednoczesnym sformułowaniu zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu głównego. Pozwala to z jednej strony na zapewnienie sobie możliwości oceny, czy zarzut rażąco niskiej ceny podnieść, a jeśli tak – jaką przedstawić argumentację i dowody, z drugiej strony zabezpiecza wykonawcę przed uniemożliwieniem skorzystania ze środków ochrony prawnej co do rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdyby tajemnica wyjaśnień została utrzymana wyrokiem Izby.

Za bezzasadne Izba uznała stanowisko Przystępującego, który podał w wątpliwość istnienie wpływu ewentualnego naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Dla uwzględnienia odwołania wystarczające jest więc istnienie potencjalnego wpływu na wynik postępowania, jeżeli byłby on istotny. Biorąc pod uwagę, że ujawnienie wyjaśnień może umożliwić wykonawcy skuteczne podniesienie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, czego konsekwencją byłoby odrzucenie oferty Przystępującego, a więc zmiana wyniku postępowania, w ocenie Izby nie ulega żadnej wątpliwości, że naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez nieuwzględnienie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ma potencjalny, istotny wpływ na wynik postępowania. Powyższe nie wymaga szczególnego wykazania, w szczególności polegającego na uprawdopodobnieniu, że zarzut rażąco niskiej ceny jest zasadny.

Wobec uwzględnienia zarzutu głównego, rozpoznaniu przez Izbę nie podlegał zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaferowanie rażąco niskiej ceny. Zarzut ten miał bowiem charakter ewentualny – zgodnie z wyraźnym oświadczeniem Odwołującego został on podniesiony jedynie na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego objęcia wyjaśnień złożonych przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: