

Sygn. akt: KIO 3016/24

WYROK

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez odwołującego: STRABAG Sp. z o.o., ul. Parczewska 10, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk

uczestnik po stronie odwołującego - Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna, ul. Pomorska 26A, 83-200 Starogard Gdański

uczestnik po stronie zamawiającego – Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00124 Warszawa

orzeka:

1. Uwzględnić częściowo zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1 - 3, art. 74 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegające na:

a) błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości

wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w części III pisma z dnia 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma i w następstwie tego

b) zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z części III pisma z dnia 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma, w sytuacji gdy Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa;

c) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Prawa zamówień publicznych polegające na wyborze wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa, w sytuacji, gdy czynność ta nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, iż pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego;

i nakazuje Zamawiającemu: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk unieważnienie czynności z 07.08.2024 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w

ramach której nakazuje Zamawiającemu ujawnienie fragmentu wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 12.07.2024 r. str. 17 -19, 22 -23 (część III od lit. B pkt 1 do 3, lit. C pkt 1 do 2 „włącznie”, jak i pkt 14 oraz lit. D pkt 1 do 4), załączników do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, tj. załączników od nr 1 do nr 8.8, także o nr 15, jak i o nr 12.6, 13.5, 14.5 (w tych trzech ostatnich przypadkach po wcześniejszym zanonimizowaniu nazw podwykonawców) oraz listy załączników do wyjaśnień ze str. 27 do 28 (po wcześniejszym zanonimizowaniu nazw podwykonawców).

2. kosztami postępowania obciąża w części 1/2 Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk oraz części 1/2 STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000, 00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem uiszczanego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wydatków pełnomocnika Odwoływającego;

2.2. zasądza od Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk na rzecz STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków kwotę 11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwoływającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3016/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowego przebiegu drogi wojewódzkiej nr 231 na odcinku od Skórcza do węzła autostrady A1 Kopytkowo, Etap I, Skórcz - Mirotki” (sygn. postępowania 28/WZP/2024/PN/WRI), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 04.04.2024 r. pod nr OJ S 67/2024 198222-2024 przez: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A; 80-778 Gdańsk zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp” albo „PZP” albo „ppz”.

W dniu 07.08.2024 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Konsorcjum Firm: 1) Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, 2) Polimex Mostostal S.A. - Partner Konsorcjum, al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa; z adresem dla siedziby lidera: al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Polimex” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zwana dalej: „STRABAG Sp. z o.o.” albo „Odwoływającym”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna, ul. Pomorska 26A, 83-200 Starogard Gdański zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna” albo „Przystępującym po stronie Odwoływającego”. Nadto, na wniosek Odwoływającego z dnia 07.08.2024 r. o udostępnienie protokołu i dokumentów postępowania, Zamawiający udostępnił mu ww. dokumentację w dniu 08.08.2024 r., w tym korespondencję Konsorcjum Polimex z Zamawiającym w przedmiocie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z pominięciem części pisma z 12.07.2024 r. i dowodów, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Polimex jako tajemnica przedsiębiorstwa

Dnia 19.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 07 i 08.08.2024 r. złożył STRABAG Sp. z o.o.

Odwoływający zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust.

2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej jako „znku”), polegające na:

a) błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Polimex jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w części III pisma z dnia 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma i w następstwie tego

d) zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z części III pisma z dnia 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma, w sytuacji gdy Polimex bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa;

e) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwoływającemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a

Polimex wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

2) art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) pzp polegające na wyborze wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Polimexu, w sytuacji, gdy czynność ta nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, iż pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego.

W przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów z pkt 1) i 2) powyżej, Odwołujący w charakterze zarzutów ewentualnych zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

3) art. 224 ust. 4, 5 i 6 pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimexu w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Polimex w piśmie z dnia 12.07.2024 r. nie uzasadniają ceny tej oferty

4) art. 224 ust. 4 i 5 pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przedstawionych w piśmie z dnia 12.07.2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów i uznanie, że Polimex uczynił za dość obowiązkowi dowiedzenia, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

5) art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Polimexu w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku, a w konsekwencji zarzutów nr 3) - 5)

6) art. 239 ust. 1 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Polimex w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta

STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Polimexu;

7) art. 16 pkt 1) i 2) pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Polimexu, która podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty, wnosił o uwzględnienie odwołania

i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Polimex, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) ujawnienie złożonych przez Polimex wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w części „III. Wyjaśnienia” pisma Polimexu z dnia 12.07.2024 r., znak

ID/1081/2024 oraz załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma;

- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z uwzględnieniem dokumentów i informacji, o których mowa w pkt 2) powyżej,

W przypadku zaś nieuwzględnienia zarzutów zawartych w pkt I.1) - I.2) i uwzględnienia zarzutów ewentualnych sformułowanych w pkt I.3) - I.7), wnosił o:

- 4) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Polimex, jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) odrzucenie oferty Polimex z powodu rażąco niskiej ceny;
- 6) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty Polimexu.

Niezależnie od powyższego wnosił o:

- 7) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie;
- 8) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania;
- 9) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie.

Informacje ogólne. Zarys sprawy.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: „Budowa nowego przebiegu drogi wojewódzkiej nr 231 na odcinku od Skórcza do węzła autostrady A1 Kopytkowo, Etap I, Skórcz - Mirotki”.

2. Zgodnie z pkt. 10.3. SWZ Ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” zamieszczony w Rozdziale III SWZ oraz kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 1 do Rozdziału III SWZ.
3. Zamawiający w dniu 04.06.2024 r. dokonał otwarcia ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu. Najniższą cenę za wykonanie przedmiotu postępowania w wysokości 45.245.227,97 zł zaoferował Polimex. Cena oferty Polimexu wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, który pismem z dnia 03.07.2024 r. wezwał Polimex w trybie art. 224 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że wyłącznie Polimex otrzymał tego rodzaju wezwanie.
4. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa zostały złożone przez Polimex w dniu 12.07.2024 r. i zostały przez Zamawiającego przyjęte bez zastrzeżeń, czego dalszą konsekwencją był wybór oferty Polimexu jako najkorzystniejszej.
5. Warto w tym miejscu podkreślić w kontekście dalszych wywodów odwołania, że Polimex nie zakwestionował prawidłowości i zgodności z przepisami pzp wezwania Zamawiającego z dnia 03.07.2024 r. do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i udzielił na nie odpowiedzi pismem z 12.07.2024 r. (dalej jako „Pismo Polimexu”).

Analiza Pisma Polimexu

6. Udostępniona Odwołującemu treść Pisma Polimexu składa się z kilku części.
7. W części I lit. A Wyjaśnień Polimex kwestionuje podstawy do uznania jego oferty za wypełniającą znamiona ceny rażąco niskiej i twierdzi, jakoby ceny jednostkowe dla pozycji kosztorysowych wskazanych przez Zamawiającego tj. poz. 35, 51, 53, oraz 54 nie były rażąco niskie. Co więcej, Polimex w nb. 3 wysnuwa wniosek, jakoby Zamawiający w ogóle nie stwierdził w wezwaniu, że zaoferowana cen lub jej istotne części składowe były rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Polimex w tym względzie sam sobie przeczy. Z jednej strony bowiem uważa, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było nieuprawnione, a mimo to nie skorzystał w tym względzie ze środków ochrony prawnej i decyduje się złożyć wyjaśnienia. Kontestowanie w takiej sytuacji podstawy faktycznej i prawnej wezwania jest nieskuteczne i nieuprawnione. Po drugie, wbrew stanowisku Polimexu Zamawiający w wezwaniu właśnie wskazał, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną i wyraźnie sprecyzował zagadnienia z tym związane, o czym świadczy poniższy fragment.

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) (ustawa Pzp) informuję, że w trakcie badania i oceny oferty komisja przetargowa stwierdziła, że zaoferowane ceny wybranych pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku jako Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia cen jednostkowych wskazanych poniżej pozycji kosztorysowych. Wykonawca winien wykazać możliwość wykonania robót budowlanych w założonych ilościach po wskazanych w ofercie cenach jednostkowych z uwzględnieniem wszelkich kosztów bezpośrednich (sprzęt, robocizna i materiał), kosztów pośrednich oraz zysku kalkulacyjnego, zgodnie z pkt. 20 SWZ. Poniżej jednoznacznie wykazano, iż ceny jednostkowe w Państwa ofercie znacząco odbiegają od wartości średnich ze wszystkich /łożonych ofert oraz wartości pozycji następnej oferty z rankingu.

Rysunek 1 - fragment wezwania z dnia 03.07.2024 r.

8. Fragment nb 6 i 7, jak również nb 10 Pisma Polimexu zdaje się świadczyć o tym, że argumentacja Polimexu jest schematyczna i oderwana od stanu faktycznego tej sprawy.

Polimex twierdzi bowiem, że Zamawiający nie powziął wątpliwości odnośnie wartości pojedynczych pozycji, w sytuacji gdy jest zupełnie odwrotnie. Znamionym jest również powołanie nieadekwatnego w tej sprawie orzecznictwa (np. wyroku SO w Warszawie w sprawie XXIII Zs 147/22), które dotyczy bilansowania części jednostkowych w niektórych pozycjach cenami przyjętymi w innych pozycjach. Polimex nie wyjaśnia w tym fragmencie Pisma, aby w jego sytuacji stosowania analogiczne rozwiązania, abstrahując od możliwości sięgnięcia po tego rodzaju zabieg w tym postępowaniu.

9. Zasadnicze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (a więc merytoryczna odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, a nie jedynie spóźniona polemika z zasadnością tego wezwania) są zawarte w części III Pisma Polimexu. W wersji udostępnionej Odwołującemu (obejmującej treści zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) nie można dowiedzieć się kompletnie nic o tym, w jaki sposób Polimex uzasadnił przyjęte ceny jednostkowe w pozycjach, które wzbudziły wątpliwość Zamawiającego. Wyjaśnienia są bowiem w całości utajnione przez Wykonawcę, przy aprobacie Zamawiającego:

10. W ramach omawianej części Pisma Polimexu kwestionowany jest również charakter pozycji, których wyjaśnienia domaga się od Polimexu Zamawiający. Innymi słowy Polimex twierdzi, że nie są to istotne części składowe przedmiotu zamówienia. Mimo to nie kwestionował słuszności wezwania Zamawiającego. Abstrahując od tego należy stwierdzić, że omawiane pozycje, które wzbudziły wątpliwość Zamawiającego stanowią istotne części składowe przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę ich znaczenie dla wykonania inwestycji jaką w tym przypadku jest droga.

11. W kontekście wywodów Polimexu, które kontynuuje lit. B i C części I Pisma Polimexu warto nadmienić, że zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO zamawiający ma prawo do badania pod kątem RNC nie tylko ceny „globalnej”, ale i części składowych ceny, gdy okoliczności wskazują na możliwość, że mogło dojść do zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim. Gdy wycena danego elementu (zgodnie z art. 224 ust. 1 – istotnej części składowej) jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zaniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego elementu (składnika ceny) wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, ziszcza się

przesłanki do zażądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień w tym zakresie (wyroki KIO z 25.01.2022 r., sygn. KIO 9/22 oraz 03.12.2020 r., sygn. KIO

2974/20).

12. Zamawiający w piśmie z dnia 03.07.2024 r. wyraźnie wskazał zakres żądanych informacji, podając przy tym właściwe przepisy prawne, konsekwencje wynikające z braku 8

uczynienia przez Polimex za dość ww. wezwaniu i dodatkowo przedstawił uzasadnienie merytoryczne swoich wątpliwości.

13. W związku z powyższym dalsze uwagi Polimexu w lit. B i C. części I Pisma wydają się być pozbawione znaczenia i sprowadzają się jedynie do nieuprawnionej polemiki.

14. Część II Pisma Polimexu poświęcona jest uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący odrębnie omówi skuteczność tego zastrzeżenia w dalszym fragmencie odwołania.

15. Część III Pisma Polimexu, która rzekomo ma się znajdować na str. 16 – 26 to zasadnicze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a więc odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. Całe te wyjaśnienia zostały jednak utajnione, a wraz z nimi załączniki nr 1 – 8.8 oraz 12.1 – 15. Jako jawne pozostały wyłącznie załączniki nr 9 – 11, które z punktu widzenia zakresu wezwania Zamawiającego wydają się nie mieć żadnego znaczenia dla merytorycznego wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych, czy też zakresu wynikającego z art. 224 ust. 4 pzp.

16. Część IV Pisma Polimexu to zaś lapidarne podsumowanie, w którym Polimex stwierdza, że złożona przez niego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jest zgodna z SWZ 17. Analiza Pisma Polimexu prowadzi do wniosku, że zasadnicza, kluczowa z punktu widzenia art. 224 ust. 1 pzp jest część III, która niezgodnie z przepisami została w całości utajniona. Pozostałe części Pisma Polimexu (nie licząc uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) to wyłącznie polemika, która zdaje się bardziej służyć zwielokrotnieniu objętości samego pisma i wytworzeniu wrażenia, że dokument nie został w całości utajniony z naruszeniem przepisów wskazanych w zarzutach nr I.1) i I.2) odwołania.

Polimex nie dokonał skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączonych do pisma dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

18. W Piśmie Polimexu zastrzeżono całą część III, a więc zasadnicze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz załączniki nr 1 – 8.8 oraz 12.1 – 15. Skala zastrzeżenia jest na tyle szeroka, iż uniemożliwia nawet zweryfikowanie czy wyjaśnienia korespondują swoim zakresem z treścią wezwania Zamawiającego. Można wręcz rzec, że z Pisma

Polimexu w wersji udostępnionej wykonawcom jeśli chodzi o

wyjaśnienie wątpliwości wskazanych w wezwaniu Zamawiającego kompletnie nic

nie wynika i niczego nie można się dowiedzieć.

19. W ocenie STRABAG takiego rodzaju praktyka jest niedopuszczalna i niezrozumiałym jest, że Zamawiający dał na to przyzwolenie. De facto, żaden z wykonawców przy tej skali zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma obiektywnie możliwości zweryfikowania trafności oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień i w następstwie tego prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty. Warto zauważyć, że zastrzeżone są nie tylko 9

całe dowody (dokumenty) i całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale utajniono nawet nazwy załączników podając tylko te wskazane w nr 9 -11.

20. STRABAG zwraca uwagę, że w świetle przepisów art. 18 ust. 1 – 3 pzp oraz art. 11 ust. 2 znku zasadą jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób jawny. Oznacza to, że w pierwszej kolejności należy dążyć do zachowania ww. jawności, a dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły.

21. Zastrzeżenie dokumentów w całości przeczy wielokrotnie wskazywanej w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych zasadzie minimalizacji tj. zastrzegania jak najmniejszej możliwej objętości tekstu dokumentów i tylko tego tekstu, którego zastrzeżenie rzeczywiście jest uzasadnione.

22. Omawiane w Odwołaniu działanie Polimexu i Zamawiającego naruszają zasady wskazane w orzecznictwie krajowym, jak również w wyroku TSUE wydanym w dniu 17.11.2022 r., w sprawie o sygn. C-54/21. Trybunał we wspomnianym orzeczeniu wskazał, że:

„w odniesieniu do opisaną przez sąd odsyłający praktyki polegającej na tym, że w odnośnym państwie członkowskim instytucje zamawiające każdorazowo uwzględniają wnioski oferentów o uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkich informacji, których ujawnienia konkurującym z nimi oferentom ci pierwsi sobie nie życzą, należy stwierdzić, że taka praktyka – przy założeniu, że rzeczywiście ją przyjęto, czego zweryfikowanie nie należy do Trybunału – może naruszać nie tylko równowagę między zasadą przejrzystości określoną w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24 a ochroną poufności, o której mowa w jej art. 21 ust. 1 tej dyrektywy, ale także przypomniane w pkt 50 niniejszego wyroku wymogi

skutecznej ochrony sądowej, jak również ogólną zasadę dobrej administracji, z której wynika obowiązek uzasadnienia.

-W tym względzie należy przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, pkt117).

-Ponadto w celu zapewnienia poszanowania ogólnej zasady dobrej administracji i pogodzenia ochrony poufności z wymogami skutecznej ochrony sądowej instytucja zamawiająca powinna nie tylko uzasadnić decyzję o uznaniu niektórych danych za poufne, lecz powinna również przekazać w neutralnej formie, na ile to możliwe i w zakresie, w jakim takie przekazanie pozwala na zachowanie poufnego charakteru określonych elementów tych danych, w odniesieniu do których ochrona jest z tego tytułu uzasadniona, zasadniczą treść tychże danych odrzuconemu oferentowi, który ich żąda, a w szczególności treść danych dotyczących tych elementów decyzji i wybranej oferty, które mają kluczowe znaczenie (zob. podobnie wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras, C927/19, EU:C:2021:700, pkt122,123).

- Instytucja zamawiająca może zatem w szczególności – o ile prawo krajowe, któremu podlega, nie stoi temu na przeszkodzie – przekazać w formie streszczenia niektóre elementy zgłoszenia lub oferty oraz ich charakterystykę techniczną w sposób uniemożliwiający identyfikację informacji poufnych. Ponadto przy założeniu, że informacje niemające poufnego charakteru będą odpowiednie do zapewnienia poszanowania przysługującego odrzuconemu oferentowi prawa do skutecznego środka prawnego, instytucja zamawiająca będzie mogła zwrócić się do wykonawcy, którego oferta została wybrana, o dostarczenie jej jawnej wersji dokumentów zawierających informacje poufne (wyrok z dnia 7 września 2021 r., Klaipedos regiono atlieku tvarkymo

centras, C-927/19, EU:C:2021:700, pkt124,125)”

23. STRABAG nie neguje, że wyjątkiem od zachowania zasady jawności na gruncie pzp jest m.in. sytuacja, w której wymagana jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej w art. 18 ust. 3 pzp ustawodawca wyraźnie uzależnił zaniechanie ujawnienia określonych informacji od tego, czy wykonawca wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Posłużenie się zwrotem „wykazał” nie jest przypadkowe i w żadnej mierze nie jest równoważne z pojęciem „oświadczenia”, czy „deklarowania”.

Wykonawca chcący skorzystać w odniesieniu do danych informacji z zastrzeżenia, o którym mowa w art. 18 ust. 3 pzp musi więc udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 znku.

24. Takiego wniosku nie można natomiast wysnuć po lekturze uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które prezentuje nam Polimex.

25. Odwołujący wskazuje, że oświadczenie Polimex w nb. II.1, że cała treść wyjaśnień i cała treść dokumentów stanowiących załączniki nr 1 – 8.8 oraz 12.1 – 15 do Pisma Polimexu ma dla Wykonawcy wartość gospodarczą nie jest wystarczające. Co więcej, jeśli wziąć pod uwagę całość uzasadnienia Polimexu nie sposób nie odnieść wrażenia, że próba zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sprawie wynika raczej z subiektywnego 11

przekonania, że całe wyjaśnienia i dokumenty stanowią wartość gospodarczą wymagającą ochrony. W dalszych fragmentach części II Pisma Polimexu wielokrotnie pojawiają się wzmianki o obawie wykorzystaniu wiedzy wynikającej z wyjaśnień rażąco niskiej ceny do walki konkurencyjnej w przyszłych postępowaniach. Pójście tym tokiem rozumowania oznaczałoby, że nawet najmniejsza obawa danego wykonawcy dawałaby mu prawo zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa i stosunkowo swobodnego ingerowania w zasadę jawności przewidzianą przepisami pzp. Przebieg tego postępowania prowadzi do wniosku, iż Zamawiający „dał” dla tego rodzaju praktyk tzw. zielone światło wbrew przepisom pzp, znku i ugruntowanym poglądom wyrażanym w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych.

26. W kolejnych zaś fragmentach Pisma Polimexu (nb II.2 – nb II.5) Wykonawca przytacza ogólnikowe treści dotyczące przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 06.02.2024 r., sygn. KIO 190/24: „za błędne należy uznać stanowisko, jakoby sam fakt traktowania przez przedsiębiorcę określonych informacji jako poufnych miałby być wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, gdyż oznaczałoby to zwolnienie wykonawcy z wykazywania tej pierwszej i podstawowej przesłanki wynikającej z art. 11 u.z.n.k. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa”.

27. Dopiero poczynszy od nb. II.6 Polimex konkretyzuje swoją argumentację skupiając się na konieczności ochrony ofert podwykonawców. Wykonawca podkreśla w tym względzie znaczenie warunków finansowych widniejących w tych ofertach. Jednocześnie jednak zdaje się całkowicie ignorować fakt, że uczynione przez niego zastrzeżenie nie dotyczy poszczególnych informacji finansowych, lecz całych dokumentów, co wspomniane zastrzeżenie czyni nieuzasadnionym, nieskutecznym i nieproporcjonalnym. Po drugie, fakt, że oferty podwykonawców są wynikiem długotrwałej relacji na linii podwykonawcy – Polimex i mają rzekomo indywidualny charakter samo w sobie nie jest wystarczające. Izba w wyroku z dnia 19.02.2024 r., sygn. KIO 223/24 podkreśliła, że „samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami

jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów". Polimex natomiast w Piśmie

z dnia 12.07.2024 r. nie zawarł żadnej pogłębionej argumentacji obrazującej faktyczny wpływ relacji handlowych na korzystne upusty i warunki cenowe.

28. Polimex starając się przeforsować zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w oczekiwanym przez siebie kształcie (czemu bezrefleksyjnie uległ Zamawiający) niejako wyolbrzymia konsekwencje związane z ujawnieniem treści ofert swoich podwykonawców. Samo ujawnienie uzyskanej ceny nie oznacza jeszcze per se utraty przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi graczami rynku wbrew twierdzeniom ze str. 10 Pisma Polimexu. Taka argumentacja przejawiająca skutki upublicznienia ofert, które uzyskuje dany wykonawca od swoich kontrahentów, spotkała się z krytyką ze strony Izby w wyroku z dnia 15.05.2023 r., sygn. KIO 1195/23: „budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu”.

29. W kontekście zastrzeżenia w tajemnicy treści ofert podwykonawców, którzy mają wykonać prace z poz. 35, 51, 53 i 54 kosztorysu ofertowego, warto również zauważyć, że w tym zakresie nie mamy do czynienia z żadnymi specyficznymi robotami i unikalnym know-how potrzebnym do ich wykonania w kontekście przytoczonego przez Wykonawcę wyroku Izby w sprawie KIO 289/16 (zob. nb. II. 7 Pisma Polimexu). Ten wspomniany brak unikalności Polimex potwierdza zresztą w dalszej części swojego Pisma, gdzie w nb. II.17 potwierdza powtarzalność prac, których dotyczyły wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co świadczy tym, że o żadnej unikalności czynności i w rezultacie również oferowanego przez podwykonawców sposobu wykonania mowy być nie może.

30. Bez znaczenia z punktu widzenia art.18 ust. 3 pzp i art. 11 ust. 2 znku jest również twierdzenie Polimexu, jakoby podwykonawcy ww. robót mieli upoważnić Wykonawcę do przekazywania treści złożonych przez nich ofert wyłącznie Izbie lub Zamawiającemu. Oświadczenia Polimexu jest w tym przypadku całkowicie gołosłowne – Wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu na tę okoliczność, chociażby ujawniając część treści każdej z ofert w zakresie, który dotyczy ww. upoważnienia.

31. Kolejne fragmenty Pisma Polimexu (nb. II 10-12) to zaś powtórne przytaczania orzecznictwa Izby i ogólnikowych twierdzeń bez większego nawiązania do konkretnych okoliczności związanych z potrzebą udzielenia ochrony w tym postępowaniu.

32. W nb. II.13 i nast. Wykonawca podejmuje próbę uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy całych wyjaśnień rażąco niskiej ceny odwołując się do szczegółowych wyliczeń, 13

czy też bliżej niesprecyzowanych reguł kalkulacji cen ofertowych. W pierwszej kolejności należy retorycznie zapytać, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Polimexu to wyłącznie wyliczenia i kosztorysy, co wyklucza ujawnienie nawet jednego ich akapitu?

33. Nadto, jeśli rzeczono wyjaśnienia sporządzone są w standardowym programie do kosztorysowania (co ma miejsce z dużą dozą prawdopodobieństwa) to samo wstawienie cen do kosztorysu w takim programie dla wykazania sposobu kalkulacji pozycji nr 35, 51,

53, czy 54 nie stanowi budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii. W rezultacie, takiego rodzaju wyliczenia/kosztorysy nie stanowią informacji posiadających wartość gospodarczą, co potwierdziła Izba w wyroku z dnia 03.07.2024 r., sygn. KIO 2003/24 dodając przy tym, że za brakiem ochrony w takim przypadku przemawia fakt, że kalkulacje/wyliczenia są przecież przygotowywane stricte dla wyjaśnień w ramach tego konkretnego postępowania.

34. Przytoczony przez Polimex argument o wykorzystaniu ww. wyliczeń i wyjaśnień w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wyłącznie hipotetyczny, niepoparty żadnymi dowodami. Prawdopodobieństwo wykorzystanie opracowanych w tym postępowaniu wyjaśnień i kalkulacji na potrzeby innych przetargów jest zdecydowanie mniej prawdopodobne niż to, że taka sytuacja nie będzie mieć miejsca. „Samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Nie stanowi również uzasadnienia odmowy udostępnienia innym wykonawcom wyjaśnień poziomu ceny Przystępującego wykonawcy, podnoszony w toku rozprawy, zamiar ich utajnienia przed konkurencją” (Wyrok KIO z 24.01.2024 r., sygn. KIO 10/24).

35. Wymogów stawianych skutecznemu zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia także argumentacja o konieczności objęcia tajemnicą całości wyjaśnień i dokumentów (zob. nb. II. 15) ze względu na rzekome „wrywkowe wyciąganie z kontekstu”. Odwołującemu znane jest orzecznictwo Izby, iż ochronie może podlegać szczególne zestawienie elementów informacji jako większa całość, nawet jeżeli poszczególne elementy tego zestawienia są dostępne publicznie, tyle tylko, że na wykonawcy spoczywa wówczas obowiązek wykazania,

obiektywnej wartości gospodarczej takiego zestawienia. W Piśmie Polimexu zaś ponownie w tym względzie posłużono się ogólnikami dotyczącymi zmniejszenia konkurencyjności Wykonawcy, czy też odniesienia się do bliżej niesprecyzowanych działań w celu uniemożliwienia upublicznienia wyjaśnień. Co więcej, sam fakt, że Polimex daną informację, czy treść dokumentu decyduje się objąć tajemnicą i zakazać swoim pracownikom jej upubliczniania nie oznacza jeszcze, że taki dokument kwalifikować należy jako poufny. W

tym względzie ponownie należy odwołać się do obiektywnej, a nie subiektywnej kwalifikacji danej informacji/dokumentu, jako poufnej w rozumieniu art. 11 ust. 2 znku.

36. Począwszy od nb II.18 Pisma Polimexu Wykonawca przedstawia argumentację odnośnie kolejnej z przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, czyli podjęcie działań zmierzających do ochrony danej informacji jako poufnej. Ponownie jednak podkreślić należy, że dla wykazania tej przesłanki nie można poprzestać na ogólnych zapewnieniach i twierdzeniach. Polimex zaś wprawdzie kategorycznie, lecz bez potwierdzenia w postaci jakichkolwiek dowodów, twierdzi, że wyjaśnienia i załączone do Pisma Polimexu dokumenty nie są publicznie ujawniane. Część pracowników tego Wykonawcy również rzekomo nie ma do tych treści dostępu.

37. Argumentacja Polimexu sprowadzająca się do zapewnień, że:

- pracownicy tego Wykonawcy zobowiązani są do ochrony ww. informacji i dokumentów;
- ww. informacje i dokumenty nie są i nie będą ujawniane, jak również zostały objęte klauzulą poufności;
- dostęp do informacji i dokumentów został ograniczony do wyselekcjonowanej grupy pracowników,

jest argumentacją bardzo ogólną, do której odwołać może się w zasadzie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Trafnie nieskuteczność takiej argumentacji dla wykazania przesłanki podjęcia działań zmierzających do utrzymania w poufności danej informacji dostrzeżono w wyroku Izby z dnia 12.05.2023 r., sygn. KIO 1196/23: „Samo powołanie się na politykę tajemnicy przedsiębiorstwa czy też zarządzenie powołujące zespół przetargowy (które de facto nie zostały dołączone) bez podania realnych i obiektywnych powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne. Tego rodzaju ogólniki mogą zostać wskazane przez każdego wykonawcę na potrzeby każdego postępowania”.

38. Godzi się zresztą zauważyć, że znakomita część Pisma Polimexu dotycząca omawianej przesłanki sprowadza się do przytaczania orzecznictwa i czynienia abstrakcyjnych rozważań na tle przepisów pzp i znku.

39. Dopiero w końcowej części Pisma Polimexu pojawiają się odniesienia do wewnętrznych dokumentów korporacyjnych Grupy Kapitałowej, które mają obrazować sposób ochrony informacji poufnych w strukturze organizacyjnej Wykonawcy (zob. nb. II.26 – 29 Pisma Polimexu). Dokumenty te rzekomo zostały załączone do Pisma Polimexu, ale podobnie jak szereg innych zostały utajnione przy bezrefleksyjnej aprobacie Zamawiającego. Odwołujący uważa, że takie działanie jest nieskuteczne. Skoro bowiem wskazane w ww. fragmentach dokumenty są elementem uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinny podlegać utajnieniu. „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie 15

może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji” (Wyrok Izby z dnia 31.01.2024 r., sygn. KIO 101/24). Powyższe nie wyklucza, że sama treść tych dokumentów (po ich odtajnieniu) nie daje podstaw do uznania, że działania Wykonawcy są wystarczające dla zachowania poufności.

40. Lektura całości Pisma Polimexu prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia należytej kontroli zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie ujawnienia wyjaśnień i załączonych do Pisma Polimexu dokumentów stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskutek swoich zaniedbań na etapie oceny zastrzeżenia przez Polimex tajemnicy przedsiębiorstwa doprowadził do sytuacji, w której ograniczył innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwość weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a Polimex wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

41. Zarówno wyjaśnienia z części III Pisma Polimexu, jak i wskazane w zarzutach dokumenty załączone do ww. Pisma ze względu na nieskuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa winny zostać ujawnione i udostępnione wykonawcom biorącym udział w postępowaniu.

Uzasadnienie zarzutów ewentualnych dot. niewywiązania się przez Polimex z obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

42. Odwołujący ponownie chce wyraźnie zaznaczyć, że zarzuty z pkt I.3) - I.5) stanowią zarzuty ewentualne – ich rozpatrzenie uzależnione jest od stanowiska Izby w przedmiocie zarzutów głównych zawartych w pkt I.1) i I.2) odwołania.

43. Dopuszczalność formułowania w odwołaniu zarzutów ewentualnych została zaaprobowana w orzecznictwie KIO, czego przykładem jest np. wyrok z 01.06.2020 r., sygn. KIO 520/20.

Oferta Polimex zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca nie wywiązał się z ciężaru dowodzenia braku rażąco niskiej

ceny w odniesieniu do poz. 35, 51, 53 oraz 54 kosztorysu ofertowego.

44. Zakres wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego od Polimexu dotyczy w szczególności 4 pozycji kosztorysowych, które były rażąco niskie. Mowa o:

- Poz. 35 „Zdjęcie warstwy humusu o grubości średniej 40 cm. wraz z odwiezieniem na odkład Wykonawcy i utylizacją”, w której Polimex wskazał cenę jednostkową 1 m² na poziomie 1,70 zł.

- Poz. 51 „Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją”, w której Polimex wskazał cenę jednostkową za 1 m³ na poziomie

8,76 zł;

- Poz. 53 „Formowanie i zagęszczanie nasypów”, w której cena jednostkowa zaoferowana przez Polimex za 1 m³ to 17,50 zł;

- Poz. 54 „Warstwa ulepszonego podłoża z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5

CBR>60%: 2 x 30 cm kruszywo + 2 x georuszt trójosiowy+ getokanina separacyjna (Typ 3)” – cena jednostkowa w przypadku oferty Polimex za 1 m² to 80,24 zł.

45. W uznaniu STRABAG wykonanie przedmiotu zamówienia przy przyjęciu ww. cen jednostkowych jest niemożliwe na warunkach rynkowych.

46. W przypadku poz. 35 kosztorysu cena jednostkowa zaproponowana przez Polimex wręcz rażąco odstaje od cen zaproponowanych przez pozostałych oferentów, na co trafnie zwrócił uwagę Zamawiający w wezwaniu z dnia 03.07.2024 r. (21% średniej wartości wyliczonej na podstawie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu). STRABAG domniemywa na podstawie szczątkowych dokumentów załączonych do Pisma Polimex, które nie zostały utajnione, że Załącznik nr 10 (oferty sprzedaży ziemi z portalu OLX) ma dowodzić, że nadmiar humusu Polimex zamierza sprzedawać po cenach występujących na ww. portalu, co miałyby pozwolić obniżyć cenę oferty Wykonawcy w tym zakresie. Takie wytłumaczenie jest jednak obarczone poważnymi wątpliwościami, które Polimex zdecydował się przemilczeć i odstąpić od prezentowania Zamawiającemu stosownych wyjaśnień w tym względzie.

47. Po pierwsze, zdjęty humus będzie kwalifikowany jako odpad w rozumieniu art. 3 pkt 6) i 6a) ustawy z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.) o kodzie 17 05 04 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 02.01.2020 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. poz. 10). Jeśli więc Polimex zamierza sprzedawać tenże humus, to winien dysponować stosownym pozwoleniem na przetwarzanie odpadów. Z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika, aby Polimex w wyjaśnieniach legitymował się posiadaniem takiego pozwolenia bez którego sprzedaż podmiotom trzecim humusu, a w szczególności osobom fizycznym będzie niedozwolona, jako naruszająca przepisy prawa. W takiej sytuacji nie można więc wyjaśnień Polimex uznać za prawidłowe i czyniące za dość obowiązkowi dowiedzenia braku rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 224 ust. 5 i 6 pzp. W każdym zaś razie Zamawiający nie powinien

przyjąć i zaakceptować wyjaśnień, w których wykonawca

przedstawia mu uzasadnienie oderwane od rzeczywistości lub przewidujące działania/sposoby obniżenia ceny niezgodne z przepisami.

48. Po drugie, przyjmując, że Polimex rzeczywiście nosiłby się z zamiarem sprzedaży „na zewnątrz” zdjętego humusu i uzyskany w ten sposób przychodem miałby bilansować koszt pozycji nr 35, taka argumentacja wydaje się być nieprzekonująca zważywszy na powierzchnię gleby wskazanej w tej pozycji kosztorysu tj. 192.678,20 m² i wymaganą przez Zamawiającego grubość warstwy podlegającej zdjęciu (0,4 m). Łącznie daje to bowiem 77.071,28 m³. Zakładając, że 1 m³ humusu waży 1,3 t w przybliżeniu jest to prawie 100.193 t humusu.

49. Nierealnym jest, aby Polimex na cały zdjęty humus znalazł nabywców w cenie, która miałaby oscylować na poziomie ofert składających się na załącznik nr 10 do Pisma Polimexu, czyli średnio 55 zł/t.

50. Odwołujący zwraca bowiem uwagę, że załączone przez Polimex oferty dotyczą humusu przesianego, innymi słowy „gotowej ziemi do ogródka”. Materiał, który Polimex będzie pozyskiwać w ramach czynności opisanej w pozycji nr 35 nie będzie przesiany, oczyszczony, w związku z czym nie sposób twierdzić, aby można było za niego uzyskać cenę taką jak ta wynikająca z ofert złożonych przez Polimex. Co więcej, oferty przedłożone przez Polimex, których pełną i aktualną treść Odwołujący przedstawia w załączeniu dotyczą średnio 10 – 12 t przesianej ziemi. Oferta nr 1 i 2 to w zasadzie ten sam podmiot i przedmiot ogłoszenia. Oferta nr 3 nie jest już dostępna w momencie złożenia odwołania w związku z czym nie sposób zweryfikować wnikliwie jej treści. Oferty nr 1 i 2 utrzymują się na portalu OLX co najmniej od czerwca 2024 r., a mimo to w dalszym ciągu wskazana w nich ziemia nie znalazła nabywców. Dowód: Wydruk ofert nr 1 i 2 wskazanych w załączniku nr 10 do Pisma Polimexu 51. Skoro więc na wskazanym przez Polimex rynku problematyczna jest sprzedaż przesianej ziemi rzędu 10 – 12 t za średnią kwotę 55 zł/t to należy zadać pytanie jak i komu Polimex zamierza sprzedać prawie 100.193 t zdjętego humusu i to w cenie, jak za ziemię przesianą (abstrahując od prawnej dopuszczalności takiej sprzedaży bez stosownego

pozwolenia na przetwarzanie odpadów).

52. Wyjaśnień Polimex (co do których STRABAG czyni przypuszczenia z powodu bezpodstawnego utajnienia całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez tego Wykonawcę przy aprobacie Zamawiającego) nie sposób uznać za przekonujące.

53. W przypadku poz. 51 cena zaoferowana przez Polimex również znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez innych oferentów. STRABAG domniemywa, że ze względu na fakt, iż ww. pozycja sprowadza się wyłącznie do kosztów robocizny, Polimex dla uzasadnienia przyjętej przez siebie wartości posłużył się najprawdopodobniej ofertą podmiotu trzeciego (podwykonawcy). Dysponowanie taką pojedynczą ofertą w ocenie Odwołującego nie jest wystarczające do uznania, że Wykonawca wykazał w tym zakresie brak rażąco niskiej ceny, w szczególności gdy rzeczona oferta na pierwszy rzut oka odbiega 18

od realiów rynkowych. Powyższe, jak wynika z wyboru najkorzystniejszej oferty, uszło uwadze Zamawiającego, który bez większej refleksji zaakceptował wyjaśnienia w tym względzie.

54. Największe wątpliwości budzi kalkulacja przez Polimex pozycji nr 54, która obejmuje nie tylko robociznę, ale również materiał. Cena jednostkowa Polimexu w tej pozycji to 80,24 zł za 1 m². Uwzględnia ona (a raczej powinna uwzględniać zważywszy na wątpliwości co do prawidłowego skalkulowania tego kosztu przez Polimex) robociznę i materiał. Dla porównania STRABAG skalkulował ww. pozycję na poziomie 207,29 zł, z czego 143,40 zł to koszt samych materiałów zgodnie z poniższym zestawieniem:

- Geowłóknina: 1,2 (współczynnik 20 % na zakład materiału) x 2,7 zł/m² = 3,24 zł/m²
- Georuszt: 1,2 (współczynnik 20 % na zakład materiału) x 2 x 10 zł/m² = 24,00 zł/m² -Kruszywo: 2,2 Mg/m³ x 0,3 m x 2 x 88 zł/Mg = 116,16 zł/m²

55. Nawet jeśli Polimex pominął współczynnik na zakład geowłókniny i georusztu (niezgodnie ze sztuką budowlaną), względnie dokonał optymalizacji na grubości kruszywa (SST D02.03.01.k dopuszcza odchylenie na grubości maksymalnie minus 5%) oraz uzyskując rabat na materiały rzędu np. 10% to w dalszym ciągu byłaby to kwota ok. 120 zł za sam materiał, nie wspominając o koszcie robocizny. Tymczasem kwota zaoferowana przez Polimex jest dalece poniżej nawet takiej kalkulacji optymalizacyjnej. Przykładowa kalkulacja pozycji z uwzględnieniem ww. domniemywanych redukcji, które możliwe są do

wprowadzenia w stopniu, który umożliwi jeszcze wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego znajduje się poniżej:

- Geowłóknina: 0,9 (rabat) x 2,7 zł/m² = 2,43 zł/m²
- Georuszt: 0,9 (rabat) x 2 x 10 zł/m² = 18,00 zł/m²
- Kruszywo: 2,2 Mg/m³ x 0,3 m x 0,95 (optymalizacja na grubości kruszywa) x 2 x 0,9 (rabat) x 88 zł/Mg = 99,32 zł/m²

56. Na dowód rzetelności ww. wyliczeń odwołujący przedkłada oferty podmiotów trzecich dotyczące geotekstylii oraz kruszywa. Dowód: Oferta PW Arkadiusz Mejer Oferta ViaCon Polska Sp. z o.o.

57. STRABAG podkreśla, że druga najniższa cena jednostkowa za poz. 54 to 145,26 zł/m², co dowodzi, iż jedynie Polimex wycenił ww. pozycję tak nisko.

58. Odwołujący nie wyklucza przy tym, że Polimex mógł starać się wyjaśniać koszt pozycji nr 54 okolicznością, że potrzebne do realizacji kruszywo pozyska w następstwie prac rozbiórkowych. Jeśli taki argument rzeczywiście padł ze strony Polimexu, to należy go ocenić jako chybiony. W przypadku inwestycji objętej tym Postępowaniem droga idzie w zdecydowanej większości tzw. „nowym śladzie”. W ramach prac rozbiórkowych

realizowane będą wyłącznie włączenia nowej drogi, lecz nie stanowi to nawet 5 % potrzebnego kruszywa do wykonania prac z pozycji nr 54.

59. Wreszcie warto w kontekście analizy kalkulacji ceny jednostkowej pozycji nr 54 (gdzie warstwa kruszywa ma wynosić 60 cm) zwrócić uwagę na wycenione przez Polimex pozycje nr 58 i 59, gdzie tak jak w pozycji nr 54 również występuje C50/30, lecz warstwy tego materiału są o wiele mniejsze – 22 cm dla pozycji nr 58 i 17 cm dla pozycji nr 59. Mimo to ceny jednostkowe dla pozycji nr 58 zostały przyjęte przez Polimex na poziomie 53,39 zł, a dla pozycji nr 59 – 40,54 zł. Choć warstwy kruszywa są o wiele mniejsze, różnica w cenach jednostkowych pomiędzy tymi pozycjami nie jest już tak znacząca.

60. Aby lepiej zobrazować nierealność (rażące zaniżenie) przez Polimex wyceny pozycji nr 54 STRABAG wykonał kalkulację tej pozycji z uwzględnieniem stawek i cen wynikających z Sekocenbudu. Wycena z wykorzystaniem tych danych oscyluje na poziomie 270,17 zł, co oznacza, że kalkulacja Polimexu jest co najmniej kilkukrotnie zaniżona. Dowód: Kalkulacja Sekocenbud dla poz. nr 54

61. W takiej sytuacji w ocenie STRABAG Zamawiający winien odrzucić ofertę Polimexu na podstawie art. 226

ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę. Zaniechania poczynione przez Zamawiającego w tym względzie wynikają z błędnej oceny wyjaśnień Polimexu i uznania ich za wystarczające i przekonujące w sytuacji, gdy wydają się one nie tylko nie rozwiewać wątpliwości, które stały u podstaw wezwania Zamawiającego, lecz dodatkowo je pogłębiać.

Polimex nie złożył wyjaśnień w zakresie przewidzianym w art. 224 ust. 4 pzp

62. Wezwanie Zamawiającego dotyczyło zgodnie z art. 224 ust. 4 pzp również:

- zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

63. Z udostępnionej Odwołującemu treści Pisma Polimexu wynika, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie wymaganym stosownie do art. 224 ust. 4 pzp. Zarówno w części I, jak i w części II dot. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma żadnej wzmianki o wyjaśnieniach w tym zakresie. Polimex nie kwestionuje wezwania w tym zakresie, jak również nie przedstawia żadnej argumentacji uzasadniającej objęcie wyjaśnień w tej części tajemnicą. Jeśli Polimex nie utajnił wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 4 pzp, oznacza to, że powinny być one jawne.

64. Nieudostępnienie wyjaśnień Polimex w zakresie przewidzianym w art. 224 ust. 4 pzp w powiązaniu z faktem, że Polimex w ogóle do tej części wezwania się nie odnosi uzasadnia wniosek, że Wykonawca po prostu w tym zakresie nie udzielił żadnej odpowiedzi, co jest równoznaczne z tym, że jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 4, 5 pzp.

65. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 pzp Polimex miał obowiązek wykazać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z treści tego przepisu jednoznacznie wynika, że w przypadku wystosowania przez zamawiającego do wykonawcy wezwania o złożenie wyjaśnień w przedmiocie ceny lub kosztu oferty to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia zamawiającemu kompletnych i konkretnych wyjaśnień, wraz z dowodami. Uchybienie temu obowiązkowi łączy się z sankcją przewidzianą w art. 224 ust. 6 pzp tj. odrzuceniem oferty danego wykonawcy. KIO podkreśla w swoim orzecznictwie, że „w przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać” (Wyrok KIO z dnia 09.09.2022 r., sygn. KIO 2200/22).

66. Ww. stanowisko koresponduje z poglądami wyrażanymi na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów pzp. Jak wskazał SO w Warszawie w wyroku z 09.04.2010 r., sygn. IV/Ca 1299/09: „Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny

zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy”. Wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia.

67. Polimex, jak się wydaje, ww. obowiązkowi nie sprostał. Zamawiający w sposób niezrozumiały i bezpodstawny zaniechał odrzucenia oferty Polimexu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp, co w dalszej kolejności narusza art. 16 pkt 1) i 2) pzp oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) pzp. Swoim zaniechaniem Zamawiający doprowadził do 21

sytuacji, w której postępowaniu utraciło charakter transparentnego. Doszło również do obrazy zasady równego traktowania wykonawców. STRABAG złożył ofertę w Postępowaniu mając na uwadze wszelkie stawiane mu przepisami prawa wymagania. Zamawiający spowodował, że STRABAG przyszło konkurować z podmiotem, który stosuje niedozwolone praktyki rynkowe i konstruuje oferty, które naruszają przepisy – w takim stanie faktycznym nie ma mowy o zachowaniu uczciwej konkurencji, co uszło uwadze Zamawiającego.

Wpływ zaniżenia cen jednostkowych w poz. 35, 51, 53 i 54 na cenę oferty

68. Realizacja pozycji nr 35, 51, 53 oraz 54 jest niezbędna dla wykonania przedmiotu zamówienia.

69. Pzp nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od

których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości (Wyrok KIO z dnia 07.02.2024 r., sygn. KIO 129/24).

70. Pojęcie "istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy (Wyrok KIO z dnia 30.01.2024 r., sygn. KIO 121/24).

71. W realiach tej sprawy tylko drastyczne zaniżenie przez Polimex cen jednostkowych w pozycjach nr 35, 51, 53 i 54 kosztorysu ofertowego pozwoliło ofercie Polimexu uplasować się na I miejscu.

72. Gdyby więc urealnić ofertę Polimex w ww. zakresie zarówno poprzez przyjęcie cen jednostkowych z oferty STRABAG, czy też cen jednostkowych stanowiących średnią arytmetyczną wyceny każdej z ww. pozycji przez wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone w tym postępowaniu, oferta Polimexu uplasowałaby się za ofertą STRABAG.

73. Powyższe urealnienie obrazują dwa poniższe zestawienia oparte na porównaniu ofert złożonych w postępowaniu.

		STRABAG	POLIMEX	RÓŻNICA
35	Zdjęcie warstwy humusu o grubości średniej 40 cm. wraz z odwiezieniem na odkład Wykonawcy i utylizacją	1 788 053,70 zł	327 552,94 zł	1 460 500,76 zł
51	Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją	1 245 148,47 zł	831 998,52 zł	413 149,95 zł
53	Formowanie i zagęszczanie nasypów	1 024 322,68 zł	967 907,50 zł	56 415,18 zł
54	Warstwa ulepszanego podłoża z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5 CBR>60%: 2 x 30 cm kruszywo + 2 x georusz trójosiowy+ getokanina separacyjna (Typ 3)	3 612 042,76 zł	1 398 187,62 zł	2 213 855,14 zł
		7 669 567,61 zł	3 525 646,58 zł	4 143 921,03 zł
		STRABAG	POLIMEX	POLIMEX (po
				poprawieniu
				omyłek)
	Wartość oferty netto	39 720 984,39 zł	36 784 738,19 zł	36 784 811,79 zł
	różnica do STRABAG		2 936 246,20 zł	2 936 172,60 zł

74. W pierwszym z nich wskazano, że różnica pomiędzy wartością ofert netto pomiędzy STRABAG, a Polimex wynosi 2.936.246,20 zł netto (po poprawieniu omyłek niewiele mniej – 2.936.172,60 zł netto). Sama zaś różnica pomiędzy ww. podmiotami w zakresie pozycji 35, 51, 53 i 54 to 4.143.921,03 zł. Gdyby więc urealnienie oferty Polimexu w przypadku tych pozycji nastąpiło poprzez przyjęcie cen jednostkowych zastosowanych przez STRABAG (co do których Zamawiający nie miał wątpliwości odnośnie ich rynkowego charakteru) wówczas oferta Polimexu byłaby o ponad 1,2 mln zł netto droższa.

		POLIMEX	Średnia cena z wszystkich ofert	RÓŻNICA
35	Zdjęcie warstwy humusu o grubości średniej 40 cm. wraz z odwiezieniem na odkład Wykonawcy i utylizacją	327 552,94 zł	1 558 549,88 zł	-1 230 996,94 zł
51	Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją	831 998,52 zł	1 688 691,06 zł	-856 692,54 zł
53	Formowanie i zagęszczanie nasypów	967 907,50 zł	2 402 277,28 zł	-1 434 369,78 zł
54	Warstwa ulepszanego podłoża z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5 CBR>60%: 2 x 30 cm kruszywo + 2 x georusz trójosiowy+ getokanina separacyjna (Typ 3)	1 398 187,62 zł	3 165 460,00 zł	-1 767 272,38 zł

3 525 646,58 zł 8 814 978,22 zł -5 289 331,64 zł

75. Drugie zestawienie obrazuje urealnienie oferty Polimex przy przyjęciu średnich cen arytmetycznych dla pozycji nr 35, 51, 53 i 54 z ofert wykonawców, które nie zostały

odrzucone. Łączna cena zaoferowana przez Polimex dla ww. pozycji to 3.525.646,58 zł, a średnia arytmetyczna z wszystkich ofert to 8.814.978,22 zł. Gdyby przyjąć tę ostatnią wartość, cena oferty Polimexu wzrosłaby o ponad 5,2 mln zł netto, co tym bardziej skutkowałoby jej uplasowaniem za ofertą STRABAG.

Złożenie przez Polimex oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

76. Art. 1 znku stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkutowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkutowaniu w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

77. Zgodnie z 226 ust. 1 pkt 7) pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.

78. Zgodnie z art. 3 ust. 1 znku czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 09.01.2008 r., sygn. II CSK 363/07). Na gruncie tego przepisu KIO w wyroku z 17.09.2020 r., sygn. KIO 2048/20 stwierdziło: „czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje. Jest to podobnie jak dawna uczciwość kupiecka, czy cywilistyczne zasady współżycia społecznego zbiory norm niepisanych wyznaczające reguły egzystencji w danej społeczności, jak tajemnica korespondencji, zakaz lichwy. Generalnie dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”.

79. Złożenie przez Polimex oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do tego, że kosztorysie ofertowym 24

stanowiącym immanentną część oferty przyjmował rażąco niskie koszty i ceny (czego przykładem jest choćby analiza kosztu przyjętego dla pozycji nr 54), czym jak wynika z zestawienia ofert zmierza do wykreowania przewagi cenowej nad konkurencją, którą w tym przypadku jest STRABAG.

80. Ww. działania wyczerpują wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 znku, którymi są: działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą; sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami; działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

81. Po pierwsze, oczywiste jest, że złożenie przez Polimex oferty z ww. uchybieniami jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą.

82. Po drugie, takie działania jak inżynieria cenowa polegające na manipulowaniu cenami jednostkowymi należy traktować jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, co potwierdziła Izba m.in. w wyroku z 23.01.2023 r., sygn. KIO 51/23. Podobnie jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i wyczerpujące przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji jest składanie ofert zawierających rażąco niską cenę (np. [dostęp: 10.06.2024 r.] i powołane tam orzecznictwo KIO). Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie już w orzeczeniu Izby z 06.02.2017 r., sygn. KIO 102/17: „samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

83. Jeśli chodzi o sprzeczność z dobrymi obyczajami warto nadmienić, że prawo nie definiuje tego pojęcia. W doktrynie rozumie się przez nie staranność zawodową, uczciwość działania oraz dobrą wiarę. Natomiast treść oraz podmiotowy i przedmiotowy zakres powinności przestrzegania dobrych obyczajów wymaga konkretyzacji. Dokonuje tego każdorazowo ad casum judykatura. Każde rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie wymaga szerszego rozważenia „jakie skutki przyniesie w przyszłości potraktowanie pewnego obyczaju, który znalazł odbicie w zachowaniu stron lub jednej z nich, jako zgodnego z dobrmi obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia bądź też odwrotnie do jego zwalczania.” (J. Szwaja, [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, J. Szwaja (red.), Warszawa 1994, str. 42) . Trzeba przy tym podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

84. Wytyczne co do sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej przesłanki zawarł SN w wyroku z 02.01.2007 r. o sygn. V CSK 311/06: „zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu 25

rywalizacji pomiędzy konkurentami podlegać musi rozważeniu przy ocenianiu działań konkurencyjnych pod kątem sprzeczności z dobrymi obyczajami (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Sposób ten powinien być weryfikowany każdorazowo w okolicznościach konkretnego miejsca i czasu przy uwzględnieniu, zasługujących na aprobatę w świetle norm moralnych i etycznych, zwyczajów dochodzenia przez przedsiębiorców do osiągnięcia korzyści gospodarczych. Wina naruszczenia nie

jest elementem niezbędnym dla stwierdzenia, że dopuścił się on czynu nieuczciwej konkurencji, jednakże jej wykazanie powinno stanowić argument na rzecz przyjęcia, że doszło do naruszenia dobrego obyczaju.”

85. Izba wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 k.c., które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie rzetelnych danych, zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście Odwołujący podnosi, że sposób w jaki Polimex rywalizował o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu zaniżając sztucznie koszt realizacji inwestycji jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przewidującym uczciwą konkurencję.

86. Po trzecie, działanie Polimexu w postaci złożenia ww. oferty z omówionymi wcześniej uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej i jego oczekiwaniami, a oferta Polimexu tego nie zapewnia. Nadto, postawa Polimexu naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby postępowaniu prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

87. Złożenie przez Polimex oferty przewidującej rażąco niską cenę, w której dokonano modyfikacji zmierzających do zaniżenia kosztu realizacji zamówienia narusza również interes STRABAG w postępowaniu, ponieważ zmuszony jest konkurować z ww. podmiotem na nierównych zasadach gry – STRABAG wycenia w swojej ofercie przedmiot zamówienia wynikający z dokumentacji projektowej oraz dokonanego przez Zamawiającego opisu, a Polimex nie. Żaden wykonawca, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą, który manipuluje cenami. Nawet jeśli zaoferuje stawki wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

88. STRABAG zaś zakładał i zakłada w tym, ale również w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują na równych zasadach, czyli nie stosują niedozwolonych praktyk typu np. sztuczne zaniżanie ofert. W interesie STRABAG nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nierzetelnych ofert.

89. Na zakończenie trzeba podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 pzp

90. STRABAG uważa, że dokonując wyboru oferty Polimex jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 pzp. Oferta Polimex nie jest bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego najkorzystniejsza. Taką ofertą jest bowiem oferta STRABAG.

91. Naruszenie art. 239 ust. 1 pzp stanowi więc dalszą konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w poprzednio omówionych zarzutach odwołania. Gdyby Zamawiający postąpił stosownie do przepisów pzp i odrzucił ofertę Polimexu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp, wówczas oferta STRABAG zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż w toku oceny ofert nie zostały w stosunku do niej ujawnione jakiejkolwiek wątpliwości, błędy czy braki.

Uzasadnienie zarzutu wynikowego

92. Zarzut nr I.7) ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr I.1) - I.6), w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę Polimexu za najkorzystniejszą.

93. Z tego też względu STRABAG uważa, że czynności wyboru oferty Polimexu jako najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia w sytuacji, gdy cena zaoferowanej oferty nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia naruszają przepisy art. 16 pkt 1) i 2) pzp.

94. W świetle argumentów przedstawionych w poprzednich fragmentach odwołania postępowaniu, które zakończyło się wyborem oferty Polimex nie może zostać uznane jako przeprowadzonego z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

Zamawiający w dniu 20.08.2024 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 22.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP)

Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna.

W dniu 23.08.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) Konsorcjum Polimex zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Konsorcjum Polimex.

W dniu 04.09.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przedmiotowe postępowanie wszczęte zostało w trybie przetargu nieograniczonego, co zostało potwierdzone zarówno w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. W dniu 04.06.2024 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu. Ofertę z najniższą ceną złożyło Konsorcjum Polimex. Wysokość wynagrodzenia wynikającego z oferty wynosiła: 45 245 318,50 zł (z uwzględnieniem oczywistej omyłki rachunkowej).

W trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że zaoferowane ceny wybranych pozycji kosztorysowych w ofercie ww. konsorcjum wydają się rażąco niskie. W związku z powyższym, w dniu 03.07.2024 r. Zamawiający w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów w zakresie wyliczenia cen jednostkowych wskazanych poniżej pozycji kosztorysowych, które odbiegały od wartości średnich ze wszystkich złożonych ofert oraz wartości pozycji następnej oferty z rankingu ofert tj.:

- 1) poz. 35 Zdjęcie warstwy humusu o grubości średniej 40 cm. wraz z odwiezieniem na odkład Wykonawcy i utylizacją - wartość pozycji 327 552,94 zł (cena jedn. 1,70 zł/m²), co stanowi: - 21% średniej wartości wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert w postępowaniu; - 18% wartości pozycji, znajdującej się w ofercie, która obecnie stanowi 2-gą najkorzystniejszą cenowo ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) poz. 51 Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją - wartość pozycji 831 998,52 zł (cena jedn. 8,76 zł/m³), co stanowi: - 49% średniej wartości pozycji wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert;

- 67% wartości pozycji, znajdującej się w ofercie, która obecnie stanowi 2-gą

najkorzystniejszą cenowo ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

- 3) poz. 53 Formowanie i zagęszczanie nasypów - wartość pozycji 967 907,50 zł (cena jedn. 17,50 zł/m³), co stanowi:

- 40% średniej wartości pozycji wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert;
- 94% wartości pozycji, znajdującej się w ofercie, która obecnie stanowi 2-gą

najkorzystniejszą cenowo ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu;

- 4) poz. 54 Warstwa ulepszanego podłoża z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5 CBR>60%: 2 x 30 cm kruszywo + 2 x georuszt trójosiowy+ geotkanina separacyjna (Typ 3) -wartość pozycji 1 398 187,62 zł (cena jedn. 80,24 zł/m³), co stanowi:

- 44% średniej wartości pozycji wyliczonej na podstawie wszystkich złożonych ofert;
- 39% wartości pozycji, znajdującej się w ofercie, która obecnie stanowi 2-gą najkorzystniejszą cenowo ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo wartość całego działu kosztorysu ofertowego „Roboty ziemne” stanowiła jedynie 44% średniej z wszystkich złożonych w postępowaniu przetargowym ofert.

W dniu 12.07.2024 r. Wykonawca złożył przedmiotowe wyjaśnienia, zastrzegając, że załączniki 1-8.8 oraz 12.1-14.5 i 15 do niniejszych wyjaśnień, jak również sama treść wyjaśnień w części „III” (tj. str. 16 – 26) zawierają informacje handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa oraz że wszystkie te informacje posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Na potwierdzenie powyższego, w części II (Tajemnica przedsiębiorstwa) Wykonawca uzasadnił powody utajnienia wyjaśnień (część III) w zakresie ceny oferty (poszczególnych pozycji kosztorysowych) w zakresie zgodnym z wezwaniem Zamawiającego, a Zamawiający uznał przedmiotowe uzasadnienie za zasadne i wystarczające.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 dot. rzekomego zaniechania ujawnienia (odtajnienia) wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w części III pisma wykonawcy – konsorcjum przedsiębiorców Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. oraz Polimex Mostostal S.A. z dnia 12.07.2024 r. i dokumentów stanowiących załączniki nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma pomimo, że Polimex bezskutecznie zastrzegł ww. informacje oraz dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach w zakresie ceny złożonej oferty, jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł informacje dotyczące: - ofert podwykonawców, - zarządzania procesem produkcji, świadczonymi usługami oraz metod budowy, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług oraz realizacji robót budowlanych, sprzętu Wykonawcy,

- realizacji zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (prawo pracy, pomoc publiczna, ochrona środowiska),
- zysku, koszty pośrednie, ryzyko w zakresie objętym Wezwaniem.

Również zostały utajnione przez Wykonawcę załączniki do przedmiotowych wyjaśnień, które ściśle dotyczą ww. zakresu.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje przepis art. 11 ust. 2 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), (dalej: znku), zgodnie z którym: "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 przytoczonym w treści odwołania wyroku TSUE wydanym w dniu 17.11.2022 r., w sprawie o sygn. C-54/21 Trybunał wskazał, że jako informacje poufne można zastrzegać nie tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, lecz również inne, które m.in. „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym wykonawcy”. Trybunał podniósł też, że wielokrotnie powoływał się na „wartość handlową” informacji, a według jego ustaleń polskie przepisy są nadmiernie restrykcyjne. Zdaniem TSUE jako poufne mogą być zastrzeżone dowolne informacje, mające „wartość handlową” dla wykonawcy, a tym samym mają one szerszy zakres niż dotychczas dopuszczany w krajowym orzecznictwie.

Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa może nastąpić, na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również na etapie udzielania przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty na podstawie art. 224 ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że informacje zawarte w takich wyjaśnieniach powinny spełniać przesłanki określone w art. 11 ust. 2 znku.

Potwierdza to m.in. zachowujący aktualność także w obecnym stanie prawnym wyrok SO w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07, w którym wskazano, że zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena oferty nie jest ceną rażąco niską, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu.

Wykonawca w uzasadnieniu utajnienia części III złożonych wyjaśnień, jak również dokumentów stanowiących załączniki nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15, wskazując, że w ocenie Zamawiającego wykazał on spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 znku. Przedmiotowe uzasadnienie dotyczyło w szczególności:

1. Informacji o relacji z podwykonawcami lub poddostawcami oraz o warunkach finansowych, jakie widnieją w ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na linii Wykonawca – podwykonawca/poddostawca.

W wyroku z 09.05.2022 r., sygn. akt: KIO 991/22 KIO stwierdziła, że: „Fakt

pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności.”

2. Szczegółowych wyliczeń, które odzwierciedlają sposób realizacji zamówienia oraz stanowią know - how Wykonawcy, ponieważ kalkulacja ceny jest konsekwencją strategii, którą przyjął Wykonawca na etapie opracowywania ceny ofertowej.

Zgodnie z wyrokiem z 28.12.2021 r., sygn. akt: KIO 3514/21 KIO: „Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości.”

Ponadto WSA w Warszawie w wyroku z 12.01.2021 r., sygn. akt: VI SA/Wa 1347/20 stwierdził, że: „Przyjęcie wartości gospodarczej informacji oraz charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa należy interpretować szeroko. Mogą to być informacje stanowiące know-how przedsiębiorstwa, w tym wiedza techniczna z danej dziedziny, umiejętność wykonania lub wyprodukowania danej rzeczy, patenty obejmujące wynalazki, metody działalności, jak również inne informacje, co do których przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania ich poufności.”

Również w wyroku z 05.03.2021 r., sygn. akt: KIO 222/21 KIO stwierdziła, że:

„Wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cen jednostkowych oferty zawierające szczegółowe informacje, które posiadają wartość gospodarczą, podlegają ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sposób kalkulacji ceny w zakresie kosztów poszczególnych składników cenotwórczych określonego wykonawcy należy zaliczyć do informacji, które stanowią niezwykle cenne źródło informacji dla konkurencji. Pokazują one w sposób precyzyjny kalkulację ceny oferty. Dane przyjęte do obliczenia cen jednostkowych nie są powszechnie 31

dostępne konkurującym wykonawcom i nie są możliwe do ustalenia. Zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze można zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Mogą być one przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu (patrz: wyrok SO w Katowicach z 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07). Informacje te powstają bowiem na potrzeby konkretnego postępowania o zamówienie publiczne.

3. Informacji o wprowadzonych mechanizmach ochrony informacji o poufnym charakterze.
4. Informacji o poufnym charakterze informacji objętych tajemnicą oraz podjętych działaniach o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, że dostęp do informacji zawartych we wszystkich wymienionych dokumentach posiada wyłącznie określone i ograniczone grono pracowników i współpracowników Wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem WSA w Warszawie z 22.01.2020 r., sygn. akt: II SA/Wa 1544/19 cyt.: „(...) każdy sposób działania, który wskazuje, że określone informacje są traktowane jako poufne, będzie stanowił realizację omawianego zalecenia ustawowego. Z tego względu ustawowe wymaganie podjęcia niezbędnych działań spełni także podjęcie pewnych czynności konkludentnych, jak np. dopuszczenie do informacji jedynie określonego kręgu pracowników, choć należy mieć również na uwadze - w odniesieniu do informacji dotyczących treści umów zawieranych przez przedsiębiorców - zastrzeżone przez strony danej umowy warunków w zakresie poufności określonych postanowień umownych.”

Natomiast WSA w Warszawie w wyroku z 12.01.2021 r., sygn. akt: VI SA/Wa 1347/20 stwierdził, że: ”Wymóg podjęcia działań w celu zachowania poufności należy ponadto interpretować uwzględniając w szczególności takie okoliczności, jak charakter poufnej informacji, wielkość przedsiębiorstwa (załogi), potencjalny dostęp osób nieuprawnionych do informacji, krąg i charakter osób, które mają do niej dostęp, itp. O spełnieniu przesłanki podjęcia rozsądnych działań można zatem mówić, gdy przedsiębiorca faktycznie skutecznie kontroluje dostęp do danej informacji, podejmując stosowne rozwiązania organizacyjne i techniczne, w celu utrzymania informacji w tajemnicy.”

Zastrzeżenie przez Wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo powstanie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania oceny zasadności powyższego zastrzeżenia z punktu widzenia przepisów znku. Ocena Zamawiającego, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę Wykonawcy polegała nie tylko na analizie treści uzasadnienia utajnienia wyjaśnień w części III, ale także treści samych dowodów (załączników do wyjaśnień) w zakresie ceny oferty. Reasumując, ocena przez Zamawiającego uzasadnienia utajnienia wyjaśnień w części III nie miała charakteru automatycznego, polegającego na formalnym uwzględnieniu wniosku Wykonawcy o zachowaniu poufnego charakteru wyjaśnień.

Bezspornym jest fakt, że w interesie Odwołującego jest podjęcie czynności umożliwiających zapoznanie się z treścią wyjaśnień w zakresie ceny złożonej przez Wykonawcę oferty (w tym wyjaśnień wyceny pozycji zgodnie z wezwaniem Zamawiającego), gdyż tak naprawdę tylko po zapoznaniu się z ich treścią mógłby z całą pewnością ocenić, czy Wykonawca skutecznie udowodnił, że cena złożonej przez niego ofert nie jest rażąco niska. W innym wypadku stwierdzenie, że Wykonawca w treści złożonych wyjaśnień nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, jest tylko nie popartym domniemaniem. Jednakże przy ocenie skuteczności uzasadnienia poufności informacji, Zamawiający musi brać pod uwagę różne kwestie, np. czy w treści uzasadnienia utajnienia Wykonawca uzasadnił spełnienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 znku i czy ograniczenie innym Wykonawcom dostępu do utajnionych informacji nie narusza zasad jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Oceniając zasadność utajnienia informacji przez Wykonawcę Zamawiający musi brać pod uwagę również fakt, że w przepisach prawa wprowadzono szereg sankcji, które mogą zostać zastosowane w przypadku bezprawnego ujawnienia tajemnicy przedsiębiorcy.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 znku, cyt.: „Kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”. Ponadto, jeżeli dojdzie do nieuprawnionego odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca może wytoczyć powództwo cywilne na podstawie przepisów regulujących ogólne zasady naprawienia szkody (art. 361–363 Kodeksu cywilnego).

W odniesieniu do zarzutu nr 2 dot. rzekomego zaniechania odrzucenia oferty Polimexu, w sytuacji gdy Polimex wezwany do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie udowodnił, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska.

Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią złożonych przez Wykonawcę, na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnień jednoznacznie stwierdził, że są one wiarygodne i potwierdzają realność wykonania robót będących przedmiotem zamówienia. Wykonawca sporządził ofertę mając na uwadze zarówno zakres robót do wykonania, jak i terminy określone przez Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego, znając w pełni warunki realizacyjne, możliwości techniczne, logistyczne, operując odpowiednim potencjałem, z uwzględnieniem możliwości wykorzystania potencjału podwykonawców w zakresie robót budowlanych, usług 33

czy dostaw. Warto zwrócić uwagę na możliwość indywidualnego podejścia do kształtowania cen jednostkowych jak również negocjowania cen z podwykonawcami/dostawcami, również na preferencyjnych warunkach w oparciu np. o umowy ramowe. Podkreślił, że Wykonawca sporządza ofertę przetargową również w oparciu o swoją wiedzę i doświadczenie i do niego należy kształtowanie cen poszczególnych pozycji kosztorysowych, składających się ostatecznie na wartość całej oferty, w sposób gwarantujący wykonanie umowy zgodnie z jej warunkami i terminami z uwzględnieniem nie tylko zysku, ale i potencjalnych ryzyk.

W związku z tym, że zarzuty nr 3 i 4, tj.:

(3) rzekomego dokonaniu wyboru oferty Polimexu jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu pomimo, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę; (4) rzekomego zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex pomimo, że zawiera ona rażąco niską cenę; mają charakter wynikowy, z uwagi na nietrafność powyżej opisanych zarzutów również one zasługują na oddalenie.

W dniu 04.09.2024 r. (e-mailem) Konsorcjum Polimex wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł pisemne stanowisko procesowe, w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

1. W toku badania i oceny ofert Zamawiający, pismem z 03.07.2024 r., wezwał

Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („Wezwanie”). Wezwanie wystosowane zostało w trybie art. 224 ust. 1 Pzp i wymagało przedstawienia przez Przystępującego wyjaśnień w zakresie czterech pozycji kosztorysowych:

- 1) Poz. 35 „Zdjęcie warstwy humusu o grubości średniej 40 cm, wraz z odwiezieniem na odkład Wykonawcy z utylizacją”;
- 2) Poz. 51 „Wykonanie wykopów w gruncie nieskalistym wraz z wywozem na składowisko Wykonawcy i utylizacją”;
- 3) Poz. 53 „Formowanie i zagęszczenia wykopów”;
- 4) Poz. 54 „Warstwa ulepszonego podłoża z mieszanki niezwiązanej C50/30 0/31,5 CBR >60%: 2 x 30 cm kruszywo +2 X georuszt trójosiowy + geotkanina separacyjna (Typ 3)”.

2. W odpowiedzi na Wezwanie, Przystępujący pismem z 12.07.2024 r. złożył Zamawiającemu obszerne wyjaśnienia, wraz z szeregiem dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny oraz przedstawił okoliczności, które towarzyszyły zaoferowaniu przez Polimex konkurencyjnej ceny w Postępowaniu („Wyjaśnienia”). Część Wyjaśnień wraz z dowodami została utajniona przez Przystępującego. W tym zakresie Przystępujący przedstawił wraz z Wyjaśnieniami obszerne uzasadnienie tajemnicy

przedsiębiorstwa.

3. Zarzuty Odwołującego ukierunkowane są na podważenie dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podważenie ceny oferty zaoferowanej przez 34

Przystępującego. Jak zostanie jednak wykazane, zarzuty te nie znajdują poparcia w okolicznościach prawnych i faktycznych.

STANOWISKO PRZYSTĘPUJĄCEGO W ZAKRESIE ZARZUTÓW ODWOŁANIA Przystępujący skutecznie wykazał tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie swoich Wyjaśnień oraz składanych dowodów

Wstęp – odniesienie się do analizy wyjaśnień Przystępującego w części jawnej

6. W pierwszej kolejności Przystępujący odniesie się krótko do poczynionej w początkowej części odwołania przez Odwołującego analizy Wyjaśnień. Na wstępie wypada wskazać, że poczynione przez Odwołującego uwagi w pkt. II odwołania trudno powiązać w treścią postawionych przez Niego zarzutów. Lektura dokonanej „analizy” niewiele ma wspólnego z zarzutami odwołania (rozwinętych w dalszej części pisma). Wskazana część odwołania sprowadza się wyłącznie do przedstawienia subiektywnej opinii Odwołującego co do części Wyjaśnień. Opinia ta jednak nie przeradza się w uzasadnienie prawne czy też nie wskazuje, jak treść Wyjaśnień w części jawnej (a analizowanej przez Odwołującego) wpływać miałaby na niewykonanie zobowiązania nałożonego na Przystępującego Wezwaniem. Ma ona raczej charakter subiektywnej opinii Odwołującego, oderwanej od okoliczności, z którymi mamy miejsce w Postępowaniu.

7. Nie można zgodzić się z narzuconym już na samym początku przez Odwołującego stanowiskiem, iż Przystępujący winien był skorzystać ze środka ochrony prawnej, skoro „uważa, że wezwanie do złożenia wyjaśnień jest uprawnione (...)”. W treści Wyjaśnień, Przystępujący nigdzie nie wskazał, iż Wezwanie jest nieuprawnione. Owszem – Przystępujący poświęcił w treści Wyjaśnień sporo uwagi na podkreślenie nieprawidłowości, które Przystępujący dostrzegł w Wezwaniu. Przystępujący dokonując dokładnej analizy podstaw faktycznych, które Zamawiający uwydatnił w treści Wezwania, zauważył, że nie są one przesądzające do stwierdzenia, iż w ofercie Przystępującego występuje rażąco niska cena. Te okoliczności faktyczne (a w następstwie i prawne) doprowadziły Przystępującego do wniosku, iż Wezwanie nie odpowiada przepisom prawa.

8. Jednocześnie Przystępujący dostrzega, iż praktyka związana z uczestnictwem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego pokazuje, iż wykonawcy rzadko kiedy zaskarżają czynność wezwania ich do wyjaśnień, nawet jeśli takie wezwanie można traktować jako przejaw nadużycia uprawnień przez zamawiającego. W takich sytuacjach zdecydowanie „bezpieczniejszym” rozwiązaniem dla wykonawcy jest skupienie się na wykonaniu treści wezwania i sprostaniu oczekiwaniom zamawiającego co do zakresu przedstawianych informacji, tak by uniknąć ewentualnej eliminacji z przetargu. Taki schemat działania (tj. udzielenie wyjaśnień na wezwanie, które nie znajduje uzasadnienia faktycznego) nie wyłącza możliwości wyrażenia przez wykonawcę swojej opinii co do 35

zasadności takiego wezwania w treści wyjaśnień, w szczególności, jeśli w parze z tym idą merytoryczne wyjaśnienia odpowiadające treści wezwania.

9. Rzecz jasna, na obecnym etapie Odwołującemu z dużą lekkością przychodzi postawienie tezy, że skoro Przystępujący nie zgadzał się z Wezwaniem, to mógł je zaskarżyć. Takie prawo faktycznie przysługiwało Przystępującemu, natomiast Przystępujący uszanował uprawnienie Zamawiającego sprowadzające się do skorzystania z narzędzia określonego w art. 224 ust. 1 Pzp, jakim jest zobowiązanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Przystępujący niezmiennie bowiem pozostawał (i pozostaje nadal) na stanowisku, iż jego oferta została skalkulowana prawidłowo, w oparciu o rynkowe założenia i oferty, a to umożliwia wykonanie dyspozycji Wezwania. Ponadto, warto zwrócić uwagę, iż Polimex zwracał Zamawiającemu uwagę w kontekście tego, iż o ile możliwe jest dopytywanie się o szczegóły oferty (ceny), o tyle odrzucić ofertę na podstawie art. 224 ust. 1

pkt 8 Pzp można wyłącznie w przypadku rażąco niskiej ceny całej oferty (ceny łącznej). Taki przypadek (rażąco niska cena oferty) nie miała miejsca w tym stanie faktycznym.

10. Przystępujący w aspekcie potencjalnego zaskarżenia Wezwania wziął również pod uwagę ryzyko płynące z takiego ruchu procesowego. Wezwanie przewidywało określony termin, do którego złożyć należało Wyjaśnienia. Złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej nie wstrzymałoby terminu (ani nie powodowało jego wydłużenia) na złożenie tychże Wyjaśnień. Wyznaczenie terminu rozprawy i ogłoszenie wyroku (niezależnie jakiego) przekraczałoby termin, w którym Przystępujący udzielić miał Wyjaśnień. Wstrzymanie się przez Przystępującego z udzieleniem Wyjaśnień rodziło więc ryzyko, że jeśli ich nie udzieli w terminie, to Zamawiający następnie odrzuci ofertę Przystępującego w oparciu o art. 224 ust. 6 Pzp. To z kolei, nawet w przypadku korzystnego dla Przystępującego rozstrzygnięcia przez KIO, generowałoby potrzebę złożenia odwołania od czynności odrzucenia oferty. Hipotetyczny scenariusz, w którym Przystępujący zaskarżyłby Wezwanie, generował więc zdecydowanie większe ryzyko (ale przede wszystkim koszty np. obsługi prawnej dwukrotnej reprezentacji przed Krajową Izbą Odwoławczą), aniżeli udzielenie odpowiedzi na to Wezwanie (ostatecznie bowiem Przystępujący był w stanie sprostać Wezwaniu).

11. Następnie wskazać należy, że Przystępujący niezmiennie stoi na stanowisku, iż Wezwanie nie wskazuje na wątpliwości Zamawiającego co do wykonania przedmiotowego zamówienia na poziomie zaoferowanej przez Przystępującego. Zamawiający wskazał, że wybrane przez niego pozycje kosztorysowe wydają się rażąco niskie, a następnie odwołał się do innych postępowań i cen, które oferowali inni wykonawcy. Zamawiający sprowadził więc podstawę faktyczną Wezwania do porównania wybranych pozycji kosztorysowych z cenami albo innych wykonawców albo z cenami z innych postępowań za te pozycje i tylko w oparciu o powyższe oparł Wezwanie. Powyższe pozwalało i pozwala przyjąć, że 36

Zamawiający wcale nie twierdził, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, lecz co najwyżej – oczekiwał wyjaśnienia wybranych pozycji.

12. Przystępujący wskazał jednak Zamawiającemu, iż sama okoliczność oferowania przez innych wykonawców w innych postępowaniach cen jednostkowych niższych niż ceny zaoferowane przez Przystępującego, nie może stanowić podstawy do twierdzenia o wystąpieniu rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy (w szczególności, iż pozycje te nie są istotnymi częściami ceny). Nie można w tym zakresie pominąć, że samo Wezwanie zdaje się być niejako wynikiem pisma Odwołującego z dnia 28 czerwca 2024 r., w którym Odwołujący, wskazując na część pozycji, które następnie przywołane zostały przez Zamawiającego w Wezwaniu, wskazał Zamawiającemu, iż Przystępujący miał rzekomo je zaniżyć. Oczywiście Przystępujący ma świadomość podejmowania przez konkurencję tego typu zabiegów (notyfikowania zamawiającym o mniej lub bardziej subiektywnych wątpliwościach konkurenta co do oferty wykonawcy, którego cena plasuje się najkorzystniej), nawet jeśli nie są one osadzone w regulacjach Pzp i sprowadzają się do próby wywarcia na zamawiającym wpływu poprzez subiektywne informacje przedstawione w donosie, tym niemniej, nie sposób uciec od wrażenia, że źródłem Wezwania nie były w istocie wątpliwości samego Zamawiającego, lecz Odwołującego (Zamawiający, aby uniknąć więc ewentualnych zarzutów ze strony Odwołującego, iż ten zbagatelizował Jego pismo, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień – aby – najprościej rzecz ujmując – mieć klarowną sytuację, co do wyceny Przystępującego).

13. Przystępujący, w ramach powyższego odniesienia się do dokonanej przez Odwołującego analizy Wyjaśnień, nie może pominąć, iż całkowicie bezpodstawne są twierdzenia Odwołującego o schematycznej i oderwanej od stanu faktycznego argumentacji, którą Przystępujący zawarł w punkcie 6, 7 i 10 (lit. A) swoich Wyjaśnień. Argumenty tam przedstawione dalekie są od schematu czy braku ich powiązania z treścią Wezwania. Wręcz przeciwnie – w ich treści Przystępujący podsumował, iż Wezwanie Zamawiającego nie precyzuje na czym dokładnie miałyby polegać wątpliwości Zamawiającego co do wartości zaoferowanych cen jednostkowych. Przystępujący w kwestionowanych punktach Wyjaśnień nawiązał do dokonanej przez Zamawiającego porównania cen jednostkowych innych oferentów w innych postępowaniach i podsumował to wyrokiem (w zakresie, którego Odwołujący również nie dostrzega żadnego powiązania), w którym Sąd Zamówień Publicznych jasno statuuje, że: „Nie sposób z różnic w wartościach złożonych ofert wywieść, że oferta niższa niż wskazana przez skarżącego (...) jest ofertą nierynkową”. Przywołany przez Przystępującego wyrok w Wyjaśnieniach z pewnością nie jest więc oderwany od stanu faktycznego sprawy, skoro wprost odnosi się do wcześniejszej argumentacji Przystępującego.

14. Kończąc ten fragment, Przystępujący wskazuje, iż dokonana przez Odwołującego analiza pisma (Wyjaśnień)

Przystępującego niewiele ma wspólnego w uzasadnieniu postawionych zarzutów i samą analizą. Celem tej analizy jest wyłącznie próba wykreowania fałszywego przeświadczenia o nieprawidłowości Wyjaśnień, których wykazania trudno jednak doszukać się nawet w treści odwołania Odwołującego. Jak zostanie wykazane poniżej, żaden z postawionych przez Odwołującego zarzutów nie znajduje poparcia w stanie faktycznym i prawnym.

Polimex skutecznie uzasadnił tajemnicę przedsiębiorstwa

15. Zasadniczy zarzut Odwołującego sprowadza się do podważenia dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia części Wyjaśnień wraz z załącznikami tajemnicą przedsiębiorstwa. Analiza uzasadnienia postawionego przez Odwołującego zarzutu prowadzi jednak do wniosku, iż w jego treści Odwołujący przedstawił daleko idącego niezadowolenia z zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia (wybór konkurencyjnej oferty). Znacząca część uzasadnienia zarzutu sprowadza się bowiem do gołosłownego umniejszenia możliwości zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa Wyjaśnień i załączników do nich tylko z tego powodu, iż Odwołujący nie mógł się z nimi zapoznać. Lektura uzasadnienia zarzutu nie daje jednak odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego miałyby uchybić wymogom wynikającym z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”).

16. Odwołujący podważa dokonane uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy poprzez proste sformułowanie, iż zastrzeżenie wynika z „subiektywnego przekonania”, iż Wyjaśnienia i załączniki do nich stanowią wartość gospodarczą dla Przystępującego. To jednak sam Odwołujący, zamiast stawiać obiektywne argumenty albo dokonuje samodzielnej i subiektywnej oceny zastrzeżenia, albo cytuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, które wydane były przy ocenie zupełnie innych okoliczności faktycznych, ale przede wszystkim – przy ocenie innego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Takiej argumentacji nie sposób traktować jako prawidłowo uzasadniającej postawiony zarzut.

17. Dla przypomnienia, w pierwszej kolejności wskazać należy, jakim faktycznie wymogom sprostać musi wykonawca, chcąc zastrzec określoną informację jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zgodnie z dyspozycją art. 11 ust. 2 Uznk, aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać łącznie następujące przesłanki:

- a) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub jest to inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;
- b) informacja jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób;
- c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

18. Obok istnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 Uznk odnoszących się do charakteru informacji, konieczne jest jeszcze podjęcie przez wykonawcę określonych czynności. Dopiero po ich wykonaniu możliwe będzie objęcie danych informacji ochroną. Na marginesie wskazać warto, że do tego właśnie sprowadza się specyfika związana z tajemnicą przedsiębiorstwa na gruncie Pzp. Może się bowiem okazać, że dana informacja posiada cechy pozwalające uznać ją za tajemnicę przedsiębiorstwa, ale jeżeli wykonawca nie podejmie określonych działań, to nie będzie ona podlegała ochronie.

19. Kluczowe zatem, w kontekście obowiązków obciążających wykonawcę jest ustalenie, jakim obowiązkom sprostać on musi, aby chroniona przez niego informacja nie została ujawniona. W tym kontekście analizie poddać należy zarówno obowiązki o charakterze formalnym (tj. sposób, w jaki muszą być podejmowane czynności wykonawcy), jak i aspekt materialny (tj. sama zawartość informacji).

20. Jeśli chodzi o kwestie formalne, to stosowne obostrzenia w tym zakresie przewiduje art. 18 ust. 3 Pzp. Po pierwsze stanowi on, że wykonawca musi zastrzec, że informacje te nie mogą być ujawniane nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W przypadku natomiast procedury wyjaśniającej czy uzupełniającej stosowne zastrzeżenie musi zostać poczynione w momencie przekładania zamawiającemu określonych dokumentów. Po drugie, wykonawca musi wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

21. W tym miejscu należy zatrzymać się na moment w celu ustalenia, jakie znaczenie dla obowiązków wykonawcy ma użycie przez ustawodawcę sformułowania „wykazać”.

22. Zgodnie ze słownikową definicją pojęcia „wykazać” to inaczej „uzewnętrznic coś”, „ujawnić istnienie czegoś”, „przedstawić coś w sposób przekonujący”. Wydaje się zatem jak najbardziej zasadne postawienie znaku równości pomiędzy „wykazaniem” i „uprawdopodobnieniem”. Z całą pewnością nie należy jednak zamiennie posługiwać się pojęciami „wykazać” i „udowodnić”. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 12 czerwca 2017 r.: „Użyte w treści przepisu art. 8 ust. 3 Pzp pojęcie «wykazał» należy rozumieć, jako «rzeczowo uzasadnić». Przy tym nie budzi wątpliwości fakt, że oświadczenie jest także środkiem dowodowym, za pomocą którego można wykazać określone okoliczności, jeśli zawiera rzetelną, logiczną i rzeczową argumentację, z powołaniem się na obiektywne fakty podlegające weryfikacji. Niewątpliwie oświadczenie wykonawcy stanowi jeden z podstawowych środków dowodowych,

publicznego. Ponadto, należy zauważyć, że przepisy ustawy Pzp, jednoznacznie i wprost wskazują na obowiązek przedstawienia przez wykonawcę dowodów, jeśli jest to uzasadnione potrzebami postępowania. W art. 8 ust. 3 Pzp taki obowiązek nie został na wykonawców nałożony. W świetle przepisów ustawy Pzp nie sposób uznać, że ustawodawca zamiennie posługuje się pojęciami «wykazać» oraz «udowodnić» (sygn. KIO 1015/17).

23. Zatem obowiązkiem każdego wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu informacji jest wyposażenie gospodarza postępowania w taki katalog argumentów, który obiektywnie pozwoli mu uznać, że informacje te zasługują na ochronę. Przy czym nie należy zapominać, że argumentacja ta zawsze musi być pochodną tego, jakie dokumenty wykonawca chce zastrzec. Zależać będzie więc chociażby od tego czy dany dokument już „na pierwszy rzut oka” niesie wrażliwą informację czy może jest to dokument zwyczajowo jawny (jak np. wykazy przedstawiane zamawiającemu na potrzeby oceny warunków udziału w postępowaniu).

24. W tym miejscu warto natomiast podkreślić, że zakres owego „wykazania” zależy od tego, jakich okoliczności dotyczy. Otóż wykazanie np. podjęcia odpowiednich działań w przedsiębiorstwie w celu utrzymania określonych informacji w poufności jest stosunkowo łatwe i w tym zakresie Zamawiający ma uzasadnione prawo oczekiwać złożenia konkretnych dowodów (wykonawca, o ile rzeczywiście takie działania podjął, nie będzie miał problemu z wykazaniem tego zamawiającemu). W odniesieniu do tej przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk mamy zatem do czynienia z czymś więcej niż jedynie „uprawdopodobnieniem”. W tym zakresie bowiem wykonawcy winni wręcz „udowodnić” wykazywane okoliczności, nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby Zamawiającemu przedłożono stosowne dowody odnoszące się np. do klauzul ujmowanych w umowach o pracę, wewnętrznych regulaminów, metod ochrony informacji itd. Gdyby więc w odniesieniu do tej przesłanki wykonawca jedynie „uprawdopodobniał”, niewątpliwie uznać należałoby, że nie sprostął wymogom „wykazania”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp.

25. Odmienne należy natomiast ocenić dwie pozostałe przesłanki z art. 11 ust. 2 Uznk. Nie dotyczą one bowiem sfery formalnej, którą zrównać należy z podjęciem określonych czynności (jak okoliczność omówiona powyżej). W ich przypadku mamy bowiem do czynienia z okolicznościami negatywnymi, których wykazanie nie jest

możliwe (nie da się bowiem udowodnić, że np. dana informacja nie trafiła do obiegu), względnie takimi okolicznościami, w przypadku których posłużenie się materiałem

dowodowym nastręcza szeregu obiektywnych trudności.

26. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku wartości gospodarczej informacji. W rzeczywistości bowiem jednoznaczne ustalenie jej wartości możliwe byłoby 40

dopiero, gdyby udało się porównać dwa hipotetyczne, równoległe stany. Po pierwsze ten, w którym chronione przez wykonawcę informacje nie trafiają do obiegu i wykonawca może czynić z nich użytek na własne potrzeby. Po drugie ten, w którym informacje takie jednak zostają ujawnione i zniweczona zostaje przewaga rynkowa, którą wykonawca był w stanie dzięki nim wypracować. Dopiero w takim przypadku możliwe byłoby jednoznaczne „zmierzenie” zakresu znaczenia gospodarczego takiej informacji. W takim przypadku możliwe byłoby również zaprezentowanie określonych dowodów.

27. Dopóki jednak nie zaistnieje wspomniana powyżej negatywna okoliczność (w postaci ujawnienia informacji i spowodowania negatywnych skutków) nie będzie możliwe jednoznaczne „udowodnienie” wartości gospodarczej danej informacji, a jedynie jej „uprawdopodobnienie”.

28. Analogiczne stanowisko prezentują przedstawiciele doktryny: „Od charakteru i rodzaju informacji oraz innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy będzie natomiast zależało to, czy dla „wykazania” wystarczy jedynie wyjaśnienie z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów” (Nowicki Józef Edmund, Kolečki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV).

29. Podsumowując ten wątek, uznać należy, że obowiązkiem wykonawcy domagającego się ochrony przekazywanych zamawiającemu określonych informacji jest:

- a) złożenie oświadczenia o zastrzeżeniu ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
- b) wykazanie, tj. uprawdopodobnienie, że informacje te stanowią dla wykonawcy wartość gospodarczą;
- c) o ile to możliwe, poparcie tych twierdzeń stosownymi dowodami.

30. Przystępujący sprostował wskazanym wyżej wymaganiom.

31. Przede wszystkim, Przystępujący wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych przez siebie informacji. Kwestia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przez Przystępującego znalazła wyraźne odzwierciedlenie w punktach od 6 - 9 i 13 Wyjaśnień, gdzie Przystępujący wyjaśnił m.in. z jakich powodów Wyjaśnienia i powiązane z nimi bezpośrednio załączniki nie mogą zostać odtajnione:

„6. Obowiązek zachowania poufności określonych informacji w przypadku relacji z podwykonawcami lub poddostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, jakie widnieją w ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na

linii Wykonawca – podwykonawca/poddostawca. Wykonawca, w toku prowadzonej działalności na rynku inwestycji infrastrukturalnych, zbudował szereg relacji umożliwiających pozyskiwanie korzystnych warunków współpracy. Kluczowe jest, że warunki, które zaproponowane zostały Wykonawcy są na tyle korzystne, że pozwalają

na skuteczne ubiegania się o udzielenie zamówienia nawet w postępowaniach cechujących się wysoką konkurencyjnością. Bez wątpienia zatem zawierają one upusty cenowe i rabaty, właściwe dla relacji Wykonawca – autor oferty. Podkreślić należy, że treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty uzyskane od podwykonawców mają indywidualny charakter. Nie może być zresztą inaczej, skoro skierowane są do Wykonawcy (lub pracowników spółki) i dotyczą oferty kalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania. Ich ujawnienie mogłoby negatywnie skutkować dla relacji utrzymywanych z innymi podmiotami.

7. Podkreślamy, że w toku prowadzonej działalności niejednokrotnie spotkaliśmy się ze zjawiskiem polegającym na wykorzystywaniu wiedzy o szczegółach relacji łączących dane podmioty do walki konkurencyjnej. Dlatego też zależy nam na zachowaniu poufności załączanych ofert, co gwarantuje korzystanie przez Wykonawcę z korzyści wygenerowanych w toku wieloletniej działalności na rynku inwestycji infrastrukturalnych. Powyższe okoliczności oraz wpływ wycen podwykonawczych oraz wycen dostawców na kształt (w tym cenę) oferty są wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 16 marca 2016 r.², podmioty współpracujące - podwykonawcy można traktować, jako specyficzny know - how, unikalny pomysł na realizację zamówienia [oczywiście zgodnie z wymaganiami Zamawiającego], co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r.³ uznając, że: Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić.

8. W związku z powyższym, oferty podwykonawców i poddostawców w najdalej idący sposób wpływają na bowiem na kluczowe aspekty tegoż zobowiązania, takie jak możliwość jego realizacji za określoną cenę, w określonym terminie i w danych warunkach.

9. Wykonawca oświadcza, że oferty podwykonawców nie zostały upublicznione - wręcz przeciwnie, w ich treści wyraźnie wskazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawców. Podwykonawcy upoważnili Wykonawcę do przekazania treści ofert wyłącznie Zamawiającemu lub Krajowej Izbie Odwoławczej.

13. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wyjaśnień Wykonawcy. Zawierają one szczegółowe wyliczenia, które odzwierciedlają sposób realizacji zamówienia. Kalkulacja ceny ofertowej stanowi know - how Wykonawcy, jest bowiem konsekwencją strategii, którą przyjął Wykonawca na etapie opracowywania ceny ofertowej. Jest to szczególnie istotne biorąc pod uwagę, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego rywalizują Wykonawcy z tego samego rynku, którzy wycenić muszą ten sam zakres prac. Zatem właśnie ów know - how niejednokrotnie przesądza o przewadze, która pozwolić może na wygranie przetargu. Oznacza to, że wartością podlegającą prawnej ochronie jest dobór kontrahentów, rozwiązań technicznych i wykorzystanie okoliczności sprzyjających danemu wykonawcy. Podkreślić również należy, że reguły kalkulacji cen ofertowych, jakkolwiek niewątpliwie uzależnione od konkretnych postępowań, są co do zasady wykorzystywane w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem ochrona tych informacji w postępowaniu przekłada się jednocześnie na analogicznie upatrywany interes wykonawcy w innych postępowaniach. Nie budzi zatem wątpliwości, że mamy tu do czynienia z całym pakietem informacji odnoszących się do organizacji i podstaw funkcjonowania przedsiębiorstwa, w tym koncepcji Wykonawcy w zakresie sposobu prowadzenia działalności gospodarczej."

32. Nie jest więc tak, jak próbuje wskazywać Odwołujący, iż Przystępujący „nie zawarł pogłębionej argumentacji obrazującej faktyczny wpływ relacji handlowych na korzystne upusty i warunki cenowe”. Przystępujący w treści swojego uzasadnienia zawarł niezbędny zakres informacji, który wyjaśniał z jakich powodów informacje przedstawione przez Przystępującego w Wyjaśnieniach i załącznikach nie mogą zostać ujawnione i dlaczego mają one dla Przystępującego wartość gospodarczą. Niebagatelne znaczenie w kontekście konieczności utrzymania Wyjaśnień i treści załączników ma fakt, iż sami podwykonawcy, których oferty Przystępujący przedłożył w ramach Wyjaśnień, zawarli w przekazanych Przystępującemu dokumentach klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa (w załącznikach do Wyjaśnień nr 12.1 do 14.4). Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na jeden z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (tj. sygn. KIO 2123/20), gdzie Izba badała czy oferty podwykonawców, które nie zawierały odpowiedniej klauzuli tajności. Izba w tym wyroku podkreśliła znaczenie deklaracji podwykonawcy, przesądzając, iż w takim wypadku takie dokumenty mają wartość gospodarczą i podlegają ochronie: „Izba zgadza się, że także 43

generalnie oferty podwykonawców mogą stanowić jego wartość gospodarczą (...). Izba podkreśla, że generalnie brak takiej klauzuli poufności jest czynnikiem uprawniającym do jej odtajnienia”. Izba w tym wyroku zwróciła uwagę, iż jeśli podwykonawca nie zastrzega w swojej ofercie klauzuli tajności, wówczas dopiero można kwestionować objęcie takich dokumentów tajemnicą przez dysponenta tych informacji (np. wykonawcy posługującego się ofertami w swoich

wyjaśnieniach). A contrario – jeśli podwykonawcy w swojej ofercie wskazują, że przekazywane przez nich informacje traktować należy jako tajne, to takie oświadczenie (klauzula) daje wyraźne podstawy do uznania, że informacja ta ma wartość gospodarczą i wymaga (oczekiwanej) ochrony.

33. Nie można przy tym przejść obojętnie wobec bezrefleksyjnego stwierdzenia Odwołującego zawartego w pkt 28 Odwołania, gdzie Odwołujący próbując umniejszyć zastrzeżeniu Przystępującego, twierdzi, że Przystępujący „wyolbrzymia konsekwencje związane z ujawnieniem treści ofert swoich podwykonawców”. Przedstawione przez Przystępującego ryzyka związane z ujawnieniem treści ofert podwykonawców nie mają nic wspólnego z rzekomym wyolbrzymieniem, lecz wskazują na realne konsekwencje ujawnienia informacji płynących z zastrzeżonych dokumentów. Przede wszystkim, Przystępujący spotkał się już nie raz z sytuacją, kiedy korzystna dla niego oferta została ujawniona i konkurencyjny wykonawca zwrócił się do kontrahenta Przystępującego o sporządzenie identycznej wyceny. Takie sytuacje rodziły następnie konflikty na linii Przystępujący – podwykonawca, albowiem podwykonawcy mieli „za złe” Przystępującemu, iż Ten udostępnił dokonaną specjalnie dla Niego wycenę prac, co następnie spowodowało, że inni wykonawcy (nie współpracujący wcześniej z podwykonawcą) oczekiwali takiej samej wyceny (mimo, iż podwykonawca inaczej wyceniał pracę dla innych podmiotów, których nie znał i z którymi nie współpracował). To z kolei pogarszało relacje Przystępującego z

poszczególnymi kontrahentami. Ryzyko nie jest więc w żaden sposób wyolbrzymiane, zaś intencje Odwołującego w tym zakresie wcale nie sprowadzają się do dbałości o należyte sporządzenie uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz o powzięciu wiedzy o podmiotach, z którymi Przystępujący współpracuje i które zaoferowały mu na tyle korzystne ceny, by złożyć korzystniejszą ofertę niż Odwołujący.

34. Niezależnie jednak od powyższego, nie ulega wątpliwości, że Przystępujący wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji, albowiem treść uzasadnienia relewanтно połączona jest z treścią zastrzeganych dokumentów i precyzuje z jakich powodów informacje płynące z tych dokumentów mają istotne znaczenie dla Przystępującego. Jednocześnie Przystępujący wskazuje, iż w treści swojego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wskazuje nigdzie, że prace, które mają wykonać podwykonawcy, a które związane są z pozycjami 35, 51, 53 i 54 kosztorysu ofertowego to prace specyficzne i unikalne (tak 44

Odwołujący wywodzi w pkt 29 Odwołania). Odwołujący wyprowadza całkowicie błędny wniosek i stawia taką tezę w oparciu o przywołany przez Przystępującego w pkt. 7 wyrok KIO 289/16. Tymczasem treść tego wyroku wcale nie wskazuje na unikalność robót, lecz na okoliczność, iż ściśle współpraca z podwykonawcami, może traktować jako know-how i „unikalny pomysł na realizację zamówienia”. Innymi słowy, jeśli wykonawca ma „sprawdzonych” podwykonawców i w oparciu

o odpowiedni dobór takich podwykonawców jest w stanie przygotować konkurencyjną ofertę, to jest to traktowane jako know-how wykonawcy, który podlega prawnej ochronie. Odwołujący po raz kolejny więc w treści odwołania przedstawia argumenty, które pozostają całkowicie oderwane od uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego.

35. Główny pozostaje też argument Odwołującego z pkt. 30 odwołania, gdzie (z nieznanym Przystępującemu przyczyn) Odwołujący twierdzi, iż Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu na okoliczność wykazania, iż podwykonawcy zastrzegli swoje dokumenty – składane jako załączniki do Wyjaśnień – tajemnicą przedsiębiorstwa. Jest to obiektywna nieprawda, albowiem odpowiednie klauzule zawarte zostały w poszczególnych dokumentach złożonych wraz z Wyjaśnieniami (np. 12.1, 12.2, 13.1, 13.2, 14.1, 14.2). Argument Odwołującego jest więc całkowicie bezzasadny.

36. W dalszej kolejności Odwołujący podważa okoliczność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa samej części Wyjaśnień, twierdząc, iż wyliczenia i kosztorysy nie muszą wcale (w Jego opinii) być tajemnicą przedsiębiorstwa i sporządzenie kalkulacji w standardowym programie do kosztorysowania nie stanowi budowania strategii cenowej i elementów składowych tej strategii. Przede wszystkim, nie można zgodzić się z tak uproszczeniem twierdzeniem Odwołującego, które na celu ma nic innego jak tylko umniejszenie dokonanemu zastrzeżeniu przez Przystępującego. Sposób kalkulowania ceny jest najdalej idącym elementem know-how wykonawcy i to właśnie doświadczenie w tej kalkulacji niejednokrotnie decyduje o przewadze konkurencyjnej (tak jak ma to miejsce w tym postępowaniu). Niezależnie jednak od tego Przystępujący wskazuje, że utajniona część Wyjaśnień odnosi się bezpośrednio w swojej treści do przedstawionych ofert podwykonawczych i z tego m.in. powodu nie mogą one zostać odtajnione (a zawierają przy tym informacje o tym jak Przystępujący skalkulował ofertę, w tym jaki przyjął zysk, koszty ogólne i koszty pośrednie).

37. Następnie Odwołujący wyprowadza wniosek o rzekomej ogólności wykazania przez Przystępującego drugiej z przesłanek wymaganej dla dokonania zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa – tj. nieujawnienia zastrzeganych informacji (zastrzegane informacje nie są powszechnie dostępne). Treść uzasadnienia w tym zakresie daleka jest od ogólności. Ostatecznie przecież Przystępujący wskazał, że:

„20. Wyjaśniamy, że informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach i załączonych do nich dokumentach nie są ujawnione przez nas nie tylko poza sferę naszych przedsiębiorstw, ale nie są ujawnione większości naszych pracowników, a wyłącznie osobom niezbędnym do przygotowania kompleksowej oferty. Ponadto wszyscy pracownicy spółek wchodzących w skład Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, nie dotyczących ich osobistych spraw wynikających ze stosunku pracy. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem.

Jak wskazuje Sąd Najwyższy w przywołanym już wyroku „tajemnica nie traci swojego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym – kontrahenci przedsiębiorcy”. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami zwykłą, prawnie dozwoloną drogą (wykazanie, iż w taki sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do informacji pozbawia je ochrony prawnej5).”.

38. Przystępujący przedstawił więc dokładne informacje wskazujące na to, iż zastrzegane informacje nie są jawne i nie są powszechnie dostępne.

39. Końcowo, Odwołujący bardzo ogólnie podważa wykazanie przez Przystępującego spełnienia ostatniej przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa związanej bezpośrednio z ochroną informacji niejawnych. W ocenie Odwołującego, treść tych dokumentów nie może dawać podstaw do uznania, że działania Przystępującego są wystarczające dla zachowania poufności. Twierdzenie to oparte jest wyłącznie na daleko idących przypuszczeniach Odwołującego. Tymczasem Przystępujący przedłożył szereg dokumentów wewnętrznych (tajnych), które obrazują w jaki sposób pracownicy spółki zobowiązani są obchodzić się z informacjami niejawnymi i w jaki sposób Przystępujący dba o to, by informacje te pozostawały w przedsiębiorstwie. Nie można przy tym zgodzić się z Odwołującym, który wskazuje, że dokumenty te nie powinny podlegać utajnieniu. Skoro bowiem w strukturach Przystępującego wypracowane zostały przez lata pewne standardy obchodzenia się z informacjami poufnymi, to niewątpliwie – właśnie te standardy, regulaminy, postanowienia umów czy oświadczeń, stanowią o unikalnych dla przedsiębiorcy rozwiązaniach, które nie tylko chronią informację pochodzącą z zewnątrz przedsiębiorstwa, ale także wymagają indywidualnej ochrony, z uwagi na zawarty w nich schemat (skutecznej) ochrony i obiegu takich informacji.

40. Każdy z wykonawców posługuje się własnymi, opracowanymi w toku wieloletniej działalności i będącymi pochodną posiadanego doświadczenia i zasobów merytorycznych, metodami obrotu i ochrony informacji newralgicznych z punktu widzenia prowadzonego biznesu. Takie dokumenty mają więc najdalej idącą wartość gospodarczą dla wykonawcy, 46

albowiem dokumenty te opracowane zostały wewnętrznie przez Przystępującego (w oparciu o swoje doświadczenia związane ze skutecznością, bądź też jej brakiem w przeszłości co do ochrony informacji). Nietrafiony jest w tym kontekście wyrok przywołany przez Odwołującego, albowiem odnosi się on do utajnienia uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w tym stanie faktycznym. Przystępujący nie utajnił swojego uzasadnienia (w końcu stało się ono przedmiotem zarzutu Odwołującego).

41. Nie ulega więc wątpliwości, że Przystępujący wykazał spełnienie wszystkich trzech przesłanek charakteryzujących tajemnicę przedsiębiorstwa.

42. Przystępujący pragnie na koniec tej części stanowiska procesowego zwrócić uwagę, iż uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w brzmieniu zbliżonym do tego, które stało się przedmiotem tego odwołania, zostało już ocenione przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. KIO 1890/24 (w ramach tamtego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Polimex również przedkładał oferty podwykonawców i wskazywał na te same środki zabezpieczenia informacji niejawnych, stąd analizowane przez Izbę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstw było w znaczącej części tożsame z tym, które jest przedmiotem analizy tego postępowania).

43. W powyższym postępowaniu, odwołujący się wykonawcy postawił względem czynności podjętych przez zamawiającego (a dotyczących oferty Polimex) dwa zarzuty: 1) zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny oraz 2) zarzut zaniechania odrzucenia oferty Polimex z uwagi na wystąpienie rażąco niskiej. Żaden z zarzutów nie był ewentualny względem drugiego, stąd też Krajowa Izba Odwoławcza zbadała i oceniła zasadność obu zarzutów kierowanych przeciwko ofercie Polimex. Jednocześnie wyprzedzając wszelkie argumenty Odwołującego, Przystępujący wskazuje, iż ma oczywiście świadomość, iż odwołanie i jego uzasadnienie w sprawie KIO 1890/24 różniło się od odwołania Odwołującego. Niemniej jednak, dokonane zastrzeżenie Przystępującego poddane zostało niezależnie kontroli Izby (w kontekście weryfikacji tego zastrzeżenia przez zamawiającego) i Izba uznała jednoznacznie, iż odwołanie wykonawcy nie zasługiwało na uwzględnienie (zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący wykazał tajemnicę przedsiębiorstwa):

„W zakresie argumentacji odnoszącej się do ofert podwykonawców (...), które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie przedstawił argumentacji odnoszącej się do naruszenia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy uznk. (...) Nie uzasadnia w szczególności, że Zamawiający nie dokonał oceny słuszności zastrzeżenia, jednocześnie zarzucając Zamawiającemu, że takich czynności nie dochował. Emanacja czynności Zamawiającego w zakresie oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest zakres 47

udostępnienia informacji Odwołującemu. Natomiast Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie zbadał zastrzeżenia dokonanego przez Polimex. (...) W żaden sposób również nie wykazał, że nie udowodnił, że takie działania Polimex mają jedynie prowadzić do utrudnienia weryfikacji oceny złożonych wyjaśnień przez pozostałych wykonawców. Stanowisko Odwołującego w żaden sposób nie zostało udowodnione i stanowi w ocenie Izby, jedynie subiektywną ocenę Odwołującego.”.

44. Izba w wyroku KIO 1890/24 potwierdziła więc, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny dokonanego przez Przystępującego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i uznała, że uzasadnienie to spełnia przesłanki opisane w art. 11 ust. 2 Uznk.

Cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska – Odwołujący nie wykazał zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie

Przystępującego

45. Nie sposób również uznać, aby Odwołujący wykazał zaistnienie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny. Całość uzasadnienia zarzutu ewentualnego związanego z rzekomą rażąco niską ceną oferty Przystępującego oparta została na daleko idących spekulacjach i przypuszczeniach. Odwołujący uzasadnia swój zarzut wyłącznie w oparciu o własne przekonania co do treści Wyjaśnień.

Argumenty podnoszone przez Odwołującego pozostają jednak dalece oderwane od tego, co Przystępujący wskazał i wykazał w Wyjaśnieniach.

46. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż kwestionowane przez Niego ceny w pozycjach kosztorysowych nr 35, 51, 53 i 54 będą realizowane przez podwykonawcę (powinno to zresztą sugerować samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, gdzie przecież Przystępujący wykazuje konieczność ochrony informacji płynących z ofert podwykonawczych). Przystępujący z tego względu przedstawił Zamawiającemu oferty podwykonawców, którzy na zbliżonym dla siebie poziomie wycenili kwestionowane pozycje kosztorysowe. W oparciu o te oferty, w szczególności o ofertę, która zawarta została w załączniku nr 12.1 do Wyjaśnień, Przystępujący skalkulował swoją ofertę i przedmiotowe pozycje kosztorysowe. Ponadto, Przystępujący w treści Wyjaśnień nie tylko wykazał realność i rynkowość zaoferowanych cen jednostkowych, ale także potwierdził, że wszystkie oferty poddane zostały kontroli (zał. 12.6, 13.5 i 14.5 do Wyjaśnień).

47. Treść Wyjaśnień w zakresie, w jakim zostały one utajnione, w sposób niebudzący wątpliwości wykazuje więc, że oferta Przystępującego skalkulowana została prawidłowo, zaś wszystkie pozycje kosztorysowe, które były przedmiotem Wezwania są rynkowe (potwierdzają to złożone oferty). Trudno więc zgodzić się z niepopartym twierdzeniem Odwołującego, jakoby nie było możliwe zaoferowanie poszczególnych cen jednostkowych na takim poziomie. Przystępujący w tym miejscu dostrzega, że różnice w cenach pomiędzy poszczególnymi wykonawcami, w szczególności wycenianych w formie kosztorysu, są 48

zjawiskiem naturalnym. To, że jeden wykonawca wycenia daną pozycję drożej od drugiego, nie oznacza automatycznie, że niższa cena jest ceną nierealną i rynkową. Jest to naturalny rezultat konkurencyjności wykonawców.

48. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2023 r., sygn. KIO 646/23, gdzie odwołujący się wykonawca (podobnie jak Odwołujący w tym postępowaniu) próbował przekonywać, iż skoro zwycięski wykonawca zaoferował cenę niższą niż on (odwołujący), to przesądza to o rażąco niskiej cenie zwycięskiego wykonawcy: „Odwołujący, co oczywiste, buduje argumentację odwołania wokół pozycji, które sam wycenił na wyższym poziomie, subiektywnie uznając, że niższa wycena świadczy o ich rażąco niskim charakterze. Wskazać jednak należy, że różnica w cenach ofert (czy też w cenach poszczególnych cen jednostkowych) różnych wykonawców jest naturalnym zjawiskiem gry rynkowej. Różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, która ma miejsce w zasadzie w większości postępowań przetargowych. Jednakże samo stwierdzenie różnicy w cenach nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty lub jej istotnych części składowych. Uzasadnione wątpliwości muszą bowiem wynikać z konkretnych okoliczności wskazujących na zaniżenie ceny w stosunku do obiektywnych kosztów realizacji zamówienia.”.

49. Gdyby kierować się takimi uproszczonymi założeniami, jakimi kieruje się Odwołujący (tj. niższa cena jednostkowa świadczy o rażąco niskiej cenie), to również w ofercie Odwołującego można by było znaleźć wiele pozycji, które są znacząco tańsze od pozycji wycenionych przez Przystępującego, np.:

1) pozycja 84 - „Nawierzchnia z płyt betonowych otworowych typu IOMB gr. 10cm na podsypce piaskowej gr. 5cm (zjazdu do zbiorników)”: cena Przystępującego – 213,85 zł; cena Odwołującego – 141,66 zł;

2) pozycja 87 - „Umocnienie dna i skarp rowów płytami ażurowymi (pochylenie dna rowu 5-8%)”: cena Przystępującego – 259,82 zł; cena Odwołującego – 132,35 zł;

3) pozycja 91 - „Ułożenie przepustów z tworzywa sztucznego o średnicy 80 cm. pod zjazdami (1 szt.)”: cena Przystępującego – 1728,96 zł; cena Odwołującego – 850,00 zł;

4) pozycja 94 - „Przymocowanie tarcz znaków średnich”: cena Przystępującego - 1154,30 zł, cena Odwołującego – 266,47 zł (!) (kilkukrotnie niższa);

5) pozycja 189 - „Wykonanie wymiany gruntu w umocnionym wykopie”; cena

Przystępującego – 121,96 zł; cena Odwołującego – 50,06 zł.

50. Jak zatem można dostrzec na dosłownie kilku przykładach, różnice w poszczególnych pozycjach kosztorysowych są naturalne, a jednocześnie nie świadczą automatycznie o tym, iż cena oferty Odwołującego jest rażąco niska. Nie można przejść też obojętnie wobec faktu, 49

iż pozycje kosztorysowe, które badane były przez Zamawiającego, a które kwestionowane są przez Odwołującego, również nie powinny być traktowane jako ewenement. Poszczególne wartości pozostają na zbliżonym poziomie z cenami jednostkowymi innych wykonawców, np. pozycja nr 51 – Przystępujący wycenił ją na kwotę 8,76 zł, natomiast wykonawca Mirbud – 10,00 zł. Z kolei w zakresie pozycji 53 ceny te są jeszcze bardziej zbliżone do siebie (nawet względem ceny jednostkowej Odwołującego). Przystępujący wycenił tę pozycję na kwotę 17,50 zł, Odwołujący wycenił ją

z kolei na 18,52 zł (a zatem tylko złotówkę drożej !), natomiast wykonawca wycenił tę pozycję na 21,00 zł. Powyższe tym dalej utwierdza przekonaniu, że naturalne jest, że w obrocie

gospodarczym ceny ofert różnią się pomiędzy sobą, a cena oferty najtańszej w sposób naturalny jest niższa od cen innych ofert. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, że cena ta jest nieprawidłowa, czy też wręcz rażąco niska - jest to oferta atrakcyjna ekonomicznie, ale w realnej wysokości.

51. Całkowicie oderwane od treści Wyjaśnień jest stwierdzenie Odwołującego zawarte w pkt. 46 odwołania, że „Polimex zdecydował się przemilczeć i odstąpić od prezentowania Zamawiającemu stosownych wyjaśnień w tym względzie.” (tj. w zakresie wyjaśnienia cen jednostkowych). Przystępujący złożył Zamawiającemu 28-stronnicowe Wyjaśnienia, z czego ich zasadnicza (merytoryczna) część zawarta została na 11 stronach (od 16 do 26). Na potwierdzenie rynkowości i realności zaledwie czterech pozycji kosztorysowej i braku rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, Przystępujący przedłożył blisko 30 dowodów wskazując na podjęcie daleko idących kroków przy ustaleniu analizowanych pozycji kosztorysowych. Trudno w takim stanie rzeczy zgodzić się więc z Odwołującym, aby Przystępujący miał „przemilczeć i odstąpić” od złożenia stosownych Wyjaśnień. Twierdzenia te (tak jak całość uzasadnienia zarzutu) oparta jest na wyobrażeniu Odwołującego o treści Wyjaśnień, nie zaś na ich faktycznym brzmieniu.

52. W tym kontekście również cała argumentacja zawarta przez Odwołującego w punktach od 47 do 52 odwołania jest z oczywistych względów bezzasadna, albowiem oparta została na bezzasadnym przekonaniu Odwołującego co do treści Wyjaśnień. Tymczasem Przystępujący w treści Wyjaśnień nie wskazywał, aby: 1) to On miał sprzedawać humus; 2) to On posiadałby pozwolenie na przetwarzanie odpadów. Nie będzie jednak nadto wykroczeniem poza utajnioną część Wyjaśnień wskazanie, iż w ramach Wyjaśnień na stronie 21, Przystępujący podniósł, iż sprzedaż takiego materiału będzie odbywać się za stosownym pozwoleniem. Pozwolenie zostało również dołączone do Wyjaśnień w załączniku nr 12.3. Całość argumentów Odwołującego w tym zakresie pozostaje więc bezpodstawną. Jeśli zaś chodzi o dostępną Odwołującemu ofertę sprzedaży humusu, to Przystępujący przedstawił ją w ramach Wyjaśnień wyłącznie w celu wykazania obecnych na moment 50

kalkulowania oferty cen humusu. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie (w szczególności gołosłowne twierdzenia o rzekomo rynkowych poziomach cen w tym zakresie) mają jedynie spekulacyjny charakter i nie mogą stanowić o wadliwości udzielonych Wyjaśnień.

53. W dalszej kolejności, Odwołujący krótko (jeden akapit) odnosi się do pozycji nr 51 kosztorysu ofertowego. W tym zakresie Odwołujący stawia tezę, że nawet jeśli Przystępujący przedstawił jedną ofertę podwykonawcy, to jest to za mało by wykazać rynkowość zaoferowanej ceny jednostkowej. Argumenty te są rzecz jasna bezzasadne, albowiem Przystępujący przedstawił więcej niż jedną ofertę podwykonawcy i każda z tych ofert potwierdzała zaoferowaną cenę.

54. Następnie Odwołujący przechodzi do pozycji nr 54 (Odwołujący całkowicie pomija pozycję 53, którą przecież też kwestionuje). Uzasadnienie rzekomo nierynkowej wartości pozycji nr 54 Odwołujący uzasadnia własnymi wyliczeniami i założeniami co do wskazanej pozycji. Odwołujący zdaje się wyprowadzać przy tym założenie, iż zaoferowana przez Przystępującego cena jednostkowa pomija jakieś elementy w tej wycenie bądź, iż Przystępujący dokonał optymalizacji na grubości kruszywa. Twierdzenia te (tak jak pozostałe) są oparte na daleko idących przypuszczeniach nie mają wiele wspólnego z treścią Wyjaśnień. Jak już wskazywał Przystępujący, przedstawione przez niego oferty podwykonawców uwzględniały w swojej wycenie nie tylko koszt robocizny, ale także koszt materiałów. Wynika to wprost z treści tychże ofert. To, że Odwołujący uzyskał inne oferty, które nie przedstawiają tak korzystnych dla niego cen, nie oznacza jednak, że ceny przyjęte przez Przystępującego miałyby być nierealne czy zaniżone. Skoro bowiem kilku, niezależnych od siebie podwykonawców wycenia dla Przystępującego cały zakres prac po konkretnej cenie (którą podwykonawcy samodzielnie ustalają w oparciu o swoje możliwości, zasoby etc.), to przeciwną dla takich ofert nie może być subiektywne twierdzenie Odwołującego o wątpliwościach co do takiej wyceny (nie udowodnione).

55. Odnosząc się z kolei do argumentów zawartych w pkt 58 i 59 Odwołania, Przystępujący w pierwszej kolejności wskazuje, iż w Wyjaśnieniach nie postuluje

się argumentem wykorzystania kruszywa pozyskanego w następstwie rozbiórki. Niezależnie od treści Wyjaśnień Przystępujący wskazuje, że podmiot, którego ofertę przedstawiono w ramach Wyjaśnień (12.1), a który posiada pozwolenie na przetwarzanie odpadów, korzysta z materiału, który pozyskuje, a który następnie przetwarza, stąd może zaoferować korzystniejsze ceny. Materiał pochodzący z recyklingu wykorzystany zostanie do produkcji mieszanki niezwiązanej na potrzeby wykonania warstwy ulepszonego podłoża. Nie zmienia to jednak faktu, że podwykonawca przygotowywał ofertę dla Przystępującego w oparciu

o dokumentację postępowania i zgodnie z nią wycenił wszystkie prace wymagane dla tej pozycji kosztorysowej.

56. W zakresie zaś argumentów wskazanych w pkt. 59 Przystępujący wskazuje, iż pozycje te (58 i 59) nie były przedmiotem wątpliwości Zamawiającego ani Wyjaśnień. Niemniej jednak Przystępujący zaznacza, iż brak stosownej (zdanem Odwołującego) proporcji w wycenie wynika z faktu, iż te pozycje (58 i 59) wyceniane były w oparciu o oferty innych podwykonawców (nie tego, który wycenił pozycję 54). Podwykonawcy ci przyjęli więc inne – właściwe dla siebie - ceny. Innymi słowy – materiał kruszywa C50/30 w ramach tych pozycji dostarczany będzie przez inny podmiot, stąd ceny nie opierają się na stosownej proporcji.

57. Bez znaczenia dla powyższego jest przedłożona kalkulacja Sekoncenbud dla pozycji 54, albowiem jak już wskazano w Wyjaśnieniach i w tym stanowisku procesowym, wycena pozycji nr 54 oparta została na ofertach podwykonawców, zaś oferty te przedstawiają ceny potwierdzające rynkowość oferty Przystępującego.

58. W punkcie IV.2 Odwołania, Odwołujący zarzuca Przystępującemu niezłożenie wyjaśnień w zakresie przewidzianym w art. 224 ust. 4 Pzp. Także i w tym zakresie tezy Odwołującego są chybione. Przystępujący wypełnił obowiązek wynikający z Wezwania i na stronie 24 Wyjaśnień w punkcie E złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie wymaganym przez art. 224 ust. 4 Pzp.

59. Dodatkowo, aby utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu co do prawidłowości uwzględnienia wszystkich koniecznych elementów w zaoferowanej cenie (w tym zakresie cen jednostkowych), Przystępujący przedłożył Zamawiającemu oświadczenia poszczególnych podwykonawców, których oferty zostały złożone w ramach Wyjaśnieniach, w których to oświadczeniach, także podwykonawcy wskazali, iż ich wyceny pozostają w zgodzie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa prac i

zabezpieczenia społecznego oraz przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tak w załączniku do Wyjaśnień nr 12.2, 13.2, 14.2). Nie jest więc prawdą, jak twierdzi Odwołujący w pkt. 64 Odwołania, iż Przystępujący miał nie udzielić odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w tym zakresie

60. Argumenty Odwołującego są więc bezpodstawne i gołosłowne.

61. I wreszcie, w pkt IV.3 Odwołania, Odwołujący wskazuje, iż realizacja pozycji nr 35, 51, 53 i 54 jest niezbędna do wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący zgadza się z powyższym. Gdyby prace związane z poszczególnymi pozycjami nie były konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, z pewnością nie byłyby one wymagane przez Zamawiającego. Konieczność zrealizowania konkretnych prac w ramach realizacji danego przedmiotu zamówienia nie przesądza jednak automatycznie o istotności tychże pozycji w myśl art. 224 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich 52

istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie wynikającymi

z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od

wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.”. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia "istotnej" części składowej ceny. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało jednak na przestrzeni lat zasady, jakimi kierować należy się przy ustaleniu takiej – istotnej części składowej ceny oferty. Np. w wyroku z dnia 7 lutego 2024 r. sygn. KIO 129/24, Izba wskazała: „Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.”. Podobnie w wyroku z dnia 19 lutego 2024 r. sygn. KIO 241/24: „Przepisy p.z.p. pojęcia "istotnej" części składowej ceny nie definiują. Za podstawowe kryteria determinujące możliwość badania składnika ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny winny być uznane okoliczności takie jak to, czy badany składnik stanowi znaczną część całej ceny ofertowej lub też czy składnik ten miał duży wpływ na ww. cenę oraz na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. Innymi słowy – istotną częścią składową ceny jest taki element tej ceny, który ma znaczący wpływ na jej ostateczną wartość lub który będzie decydował o wykonaniu przedmiotu zamówienia. Istotnymi częściami składowymi ceny są najczęściej grupy prac – branże, np. branża drogowa lub branża mostowa. Jeśli w ramach zadania występuje kilka branż (a jest to nierzadkie zjawisko) wówczas branża bezpośrednio związana z przedmiotem zamówienia traktowana jest jako istotna, np. branża drogowa przy zadaniu polegającym na budowie drogi.

62. Istotnymi częściami składowymi ceny ofertowej nie są jednak wybiórcze pozycje, które jako jedne z wielu składają się na daną branżę (która np. zawiera łącznie 50 pozycji kosztorysowych).

63. Przystępujący w tym miejscu zauważa, że wybrane pozycje kosztorysowe, które były przedmiotem Wyjaśnień nie sposób traktować jako istotne, albowiem ich łączny udział w cenie globalnej wynosi kilka% wartości całej ceny. W ocenie Przystępującego trudno upatrywać więc w wyciągniętych przed nawias czterech pozycjach istotności, albowiem elementom tym trudno przypisać taki walor, czy to pod względem merytorycznym, czy pod względem wartości.

64. Odwołujący zaś nie podejmuje de facto próby wykazania, z jakich powodów wskazane pozycje traktować należy jako istotne. Jak wskazała zaś Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2024 r.: „Podkreślenia wymaga, że chociaż w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 pkt 1 ustawy Pzp), to obowiązek wykazania, że określona część składowa, która jest przedmiotem zarzutu, ma charakter istotny, należy do Odwołującego. Odwołujący był więc zobowiązany wykazać, że kwestionowane pozycje z formularza ofertowego dotyczą istotnych części składowych ceny.” (Sygn. KIO 129/24).

65. Odwołujący zamiast wyjaśnić, z jakich powodów przedmiotowe pozycje należałoby postrzegać przez pryzmat istotnych, dokonuje w treści odwołania uproszczonego działania matematycznego, w którym podstawia swoje wartości dla kwestionowanych pozycji pod ofertę Przystępującego i na tej podstawie wylicza, że Jego oferta byłaby korzystniejsza, gdyby Przystępujący przyjął ceny Odwołującego. Wbrew przekonaniu Odwołującego, takie zestawienie niewiele ma wspólnego z wykazaniem istotności danych pozycji czy też wykazaniem braku realności poszczególnych cen przyjętych przez Przystępującego. Odwołujący wykazuje powyższym, iż w przetargu istnieje konkurencyjność, zaś korzystniejsze warunki towarzyszące Przystępującemu zadecydowały o złożeniu przez niego korzystniejszej oferty niż Odwołujący.

66. Przystępujący podkreśla jednocześnie, że argumentacja o braku istotności badanych pozycji ma drugorzędny charakter, kluczowe jest bowiem, że Przystępujący złożył prawidłowe, odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego, Wyjaśnienia.

Oferta Przystępującego nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

67. W konsekwencji całokształtu, nie sposób twierdzić aby Przystępujący złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

68. Uwzględniając obciążający Odwołującego ciężar dowodzenia, aby móc wykazać wypełnienie się znamion czynu nieuczciwej konkurencji koniecznym jest wykazanie (udowodnienie), że takie naruszenie realnie ma miejsce. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2012 r., gdzie Izba wskazała, że: „Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, w szczególności, gdy zarzut budowany jest w oparciu o naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i nie może opierać się tylko na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości.” (Sygn. KIO 2720/12). Tymczasem w analizowanym przypadku mamy do czynienia jedynie z głosłowymi (opartymi o interes procesowy Odwołującego) zarzutami.

69. Odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp możliwe byłoby wyłącznie wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji zostanie udowodniony oraz uzasadniony. W odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji Uznk wymaga udowodnienia, że oferowanie poszczególnych usług (tych nierynkowych) musi być działaniem umyślnym (tj. nakierowanym na określony cel, jakim jest w tym przypadku pogorszenie sytuacji innego przedsiębiorcy). Powyższe potwierdza chociażby wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 sierpnia 2013 r., gdzie Izba wyraźnie zaznaczyła, że: „Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. możliwe jest tylko wtedy, gdy zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji został udowodniony i uzasadniony, a nie wtedy gdy istnieje jedynie jego podejrzenie. To zamawiający – zgodnie z art. 6 k.c. – powinien udowodnić zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie ofert, a więc wykazać popełnienie przez wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji, swe twierdzenia popierając dowodami, przekazując stosowną informację wykonawcom, których oferty zostały odrzucone.” (Sygn. KIO 1937/13). W ślad za powyższym, zwraca się dodatkowo uwagę, iż w przypadku powołania art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparta winna być decyzja o odrzuceniu oferty (wyroku SO w Gdańsku, XII Ga 731/14).

70. Tymczasem, jak zostało wykazane, Odwołujący nie tylko przyjął błędne hipotezy co do treści Wyjaśnień Przystępującego, to nie wykazał (nie udowodnił) przy tym, aby cena oferty Przystępującego była rażąco niska (cena oferty Przystępującego stanowi 83% średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, zaś cena Odwołującego jest wyższa od ceny Przystępującego jedynie o 7,98%).

71. Uzasadnienie zarzutu Odwołującego sprowadza się zaś do przytoczenia szeregu wyroków i przedstawienia ogólnego wyводу prawnego. Z treści odwołania nie sposób jednak wywieść w jaki sposób wycena Przystępującego zagraża czy też narusza interes Odwołującego. Odwołujący nie przedstawia de facto żadnych dowodów potwierdzających rzekomą nieprawidłowość działania Przystępującego.

72. Wobec powyższego, również i ten zarzut pozostaje z gruntu rzeczy bezzasadny.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz obecnego Przystępującego (nie stawilo się Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Spółka Akcyjna, ul. Pomorska 26A, 83-200 Starogard Gdański) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuszcil w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, oferty Przystępującego, wezwania z 03.07.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego co do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej, wyjaśnień z 12.07.2024 r. w zakresie ceny rażąco niskiej zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w części III (str. od 16 do 26) oraz wszystkich załączników do tych wyjaśnień (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa: załączniki od 1 do 8.8, 12.1 do 15). Nadto, uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiącego część II wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego na okoliczności

wskazane w odwołaniu:

- 1) Wydruk ofert nr 1 i 2 wskazanych w załączniku nr 10 do pisma Konsorcjum Polimexu /wyjaśnień ceny rażąco niskiej/,
- 2) Kalkulację Sekocenbud dla poz. nr 54,
- 3) Oferta PW Arkadiusz Mejer,
- 4) Oferta ViaCon Polska Sp. z o.o.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny rażąco niskiej (pismo z 26.07.2024 r.) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Gdynia na okoliczność tożsamości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i złożonych wyjaśnień w postępowaniu będącym przedmiotem rozprawy, a w postępowaniu organizowanym przez Gminę Miasto Gdynia (dowód 1),
- 2) Wyjaśnienia ceny rażąco niskiej z 26.07.2024 r. stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (odtajnione) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Gdynia (dowód 2), Odtajnienia z 02.08.2024r. przedłożonych wyjaśnień ceny rażąco niskiej z 26.07.2024 r. przez Gminę Miasto Gdynia (dowód 3) na okoliczność tego że dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa już nie mają takiego charakteru, jak również tego, iż

Przystępujący nie zaskarżył czynności odtajnienia przez Gminę Miasto Gdynia w drodze środków ochrony prawnej,

- 3) Wyjaśnienia w zakresie tajemnica przedsiębiorstwa (uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) firmy INTERCORE, oraz wyjaśnienia Przystępującego złożone w postępowaniu, na okoliczność zbliżonego charakteru przedłożonych wyjaśnień.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożoną na rozprawie Przystępującego:

- Trzy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa sporządzone przez Odwołującego w zakresie ceny rażąco niskiej (pismo z 12.12.2023 r., 14.12.2023 r. oraz 05.03.2021 r.) na okoliczność tego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego są w dużej mierze zbliżone do zastrzeżeń i uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpień, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz obecnego Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 18 ust. 1 - 3, art. 74 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Uznku, polegające na:
 - a) błędnej ocenie skuteczności zastrzeżenia przez Konsorcjum Polimex jako tajemnicy przedsiębiorstwa w całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w części III pisma z 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma i w następstwie tego
 - b) zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny z części III pisma z 12.07.2024 r., znak ID/1081/2024 oraz dokumentów stanowiących załączników nr 1 – 8.8, 12.1 – 14.5 oraz 15 do ww. pisma, w sytuacji gdy Konsorcjum Polimex bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa;
 - c) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, możliwości weryfikacji, czy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny były rzeczowe i prawidłowe, a Konsorcjum Polimex wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) pzp polegające na wyborze wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Konsorcjum Polimexu, w sytuacji, gdy czynność ta 57

nastąpiła z naruszeniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji do tego stopnia, iż pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący) pozbawieni zostali możliwości zbadania motywów i prawidłowości rozstrzygnięcia Zamawiającego.

W przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów z pkt 1) i 2) powyżej, Odwołujący w charakterze zarzutów ewentualnych zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 3) art. 224 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Polimexu w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Konsorcjum Polimex w piśmie z dnia 12.07.2024 r. nie uzasadniają ceny tej oferty

- 4) art. 224 ust. 4 i 5 pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przedstawionych w piśmie z dnia 12.07.2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów i uznanie, że Konsorcjum Polimex uczynił za dość obowiązkowi dowiedzenia, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 ust. 1 Uznku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Polimexu w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku, a w konsekwencji zarzutów nr 3) - 5)
- 6) art. 239 ust. 1 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Konsorcjum Polimexu;
- 7) art. 16 pkt 1) i 2) pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Polimexu, która podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystapięń, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego obecnego Przystępującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie z 03.07.2024 r. co do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej (jej treść przytoczona w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego powyżej). Przystępujący przedstawił następujące jawne wyjaśnienia z 12.07.2024 r. w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: „(...) I. Brak rzeczywistych podstaw do uznania oferty Wykonawcy za wypełniającą znamiona ceny rażąco niskiej A. Pojedyncze ceny jednostkowe nie wskazują rażąco niskiej ceny 1. W pierwszej kolejności, Wykonawca podnosi, że podstawą skierowania wezwania w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. nie może być wyłącznie to, że: „zaoferowane ceny wybranych pozycji kosztorysowych są rażąco niskie” – 58

to jest poz. 35, zakres związany z „Robotami ziemnymi” - 51, 53, 54 – cały - jak

uczynił to Zamawiający w Wezwaniu. 2. Zgodnie z art. 224 ust. 1 p.z.p. - jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 3. Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, że skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień jest zasadne, gdy u zamawiającego wystąpią

„wątpliwości, że zaoferowana cena lub koszt lub istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami

określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z obranych przepisów”. Tymczasem Zamawiający w Wezwaniu nie stwierdził, że zaoferowana cena lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. 4. O potencjalnym wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie decyduje wynik porównania pojedynczych cen jednostkowych z cenami jednostkowymi złożonymi przez innych wykonawców w prowadzonym Postępowaniu i w innych postępowaniach - jak uczynił to Zamawiający w Wezwaniu. Zamawiający winien brać pod uwagę, że o wysokości składanych cen decyduje wiele unikalnych czynników na poziomie makro i mikro ekonomicznym, jak wielkość danych robót, aktualna sytuacja ekonomiczna danego wykonawcy, zaangażowanie w danym momencie, relacje handlowe itp. W szczególności ceny złożone w innych postępowaniach nie stanowią powinny jakiegokolwiek materiału porównawczego. Niemniej, nie sposób nie zauważyć, że jeśli porównamy ceny jednostkowe zaoferowane w niniejszym Postępowaniu przez Wykonawcę z cenami z ofert najkorzystniejszy w innych postępowaniach wskazanych przez Zamawiającego, to różnice są zdecydowanie mniejsze – ceny te są na porównywalnym poziomie, a w przypadku formowania nasypów, cena jednostkowa zaoferowana przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu (17,50 zł/m³) jest wyższa od ceny zaoferowanej przez BUDIMEX S.A. w postępowaniu „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 221, Odcinek C), która według twierdzeń Zamawiającego wynosiła 14,78 zł/m³. Fakt zaoferowania takiej ceny przez BUDIMEX S.A. nie stał wówczas na przeszkodzie w wyborze przez Zamawiającego oferty BUDIMEX S.A. jako oferty najkorzystniejszej – zakładając zatem, że wykonawcy winni być traktowani z zachowaniem zasady równości, cena oferowana przez Wykonawcę nie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego. dowód: -Informacja o wyborze oferty BUDIMEX S.A. (Załącznik nr 9) 5. Warto w tym miejscu wskazać, że Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie negatywnie wypowiadała się w 59

przedmiocie stosowania metody porównywania pojedynczych cen oferowanych przez różnych wykonawców, jako metody identyfikowania rażąco niskiej ceny, wskazując na to, że różnice w cenach oferowanych pomiędzy wykonawcami świadczą o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej. W powyższym zakresie warto przytoczyć niezwykle trafną konstatację Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r. (sygn. akt KIO 207/22): „Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową - ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to

natomiasz o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent.” 6. W sytuacji, gdy Zamawiający nie powziął wątpliwości, że wartość pojedynczych pozycji cenotwórczych doprowadza do nierynkowej ceny lub co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w Postępowaniu, nie można w ogóle mówić o podejrzeniu rażąco niskiej ceny. Jak już wcześniej podkreślano, Zamawiający wątpliwości takich nie powziął. 7. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 4 stycznia 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 147/22 jednoznacznie wskazał, że: „Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (tak np. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z 7 kwietnia 2005 r., UZP/ZO/0-611/05, LEX nr 179370, Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 1 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 756/08, LEX nr 442749, i wyroku z 11 marca 2011 r., KIO 374/11, LEX nr 784821, czy też Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z 17 stycznia 2006 r., II Ca 2194/05, niepubl.). Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty. (...) Nie sposób z różnic w wartościach złożonych ofert wywieść, że oferta niższa niż wskazana przez skarżącego (...) jest ofertą nierynkową.” 8. Jeszcze w okresie

obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych – wykształciło się orzecznictwo, zgodnie z którym zamawiający badając ofertę w zakresie podejrzenia rażąco niskiej ceny zobowiązany jest zbadać cały jej zakres i całą jej treść, a ewentualne wątpliwości zobowiązany jest odnieść do całego przedmiotu świadczenia, a nie jedynie opierać się na wybiórczym porównaniu cen jednostkowych. „W ocenie Zespołu Arbitrów nie można przyjąć rażąco niskiej ceny oferty na podstawie cen jedynie z dwóch z 75 pozycji cenowych oferty, jeżeli pozycje te nie wpłynęły decydująco na zniżenie ceny całej oferty (dlatego też przedłożony przez odwołującego dowód na stosowane przez producentów ceny nie miał wpływu na ocenę tego zarzutu.” (por. Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 7 kwietnia 2005 r. sygn. akt UZP/ZO/0-611/05).

9. Przytoczony powyżej pogląd konsekwentnie utrzymywany jest przez Krajową Izbę Odwoławczą w stosunku do aktualnie obowiązującej ustawy p.z.p. 1) „Wskazać jednak należy, że różnica w cenach ofert (czy też w cenach poszczególnych cen jednostkowych) różnych wykonawców jest naturalnym zjawiskiem gry rynkowej. Różnica w cenach występująca w niniejszym postępowaniu jest zwykłą sytuacją, która ma

miejsce w zasadzie w większości postępowań przetargowych. Jednakże samo stwierdzenie różnicy w cenach nie daje Zamawiającemu podstaw do powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty lub jej istotnych części składowych. Uzasadnione wątpliwości muszą bowiem wynikać z konkretnych okoliczności wskazujących na zniżenie ceny w stosunku do obiektywnych kosztów realizacji zamówienia. W sytuacji, gdy żadne inne okoliczności nie dają podstaw do podejrzenia, że cena danej oferty została skalkulowana w sposób nierzetelny, Zamawiający nie ma obowiązku kierowania wezwania” (por. Wyrok KIO z dnia 21 marca 2023 r. sygn. akt KIO 646/23). 2) „W ocenie Izby nawet jeśli

pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zniżeniami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty” (por. Wyrok KIO z dnia 16 września 2022 r. sygn. akt KIO 2259/22). 3) „(...) nie oznacza to bynajmniej, że zamawiający może ograniczyć się do weryfikacji, czy owa część jest niedoszacowana. Z perspektywy art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. decydująca jest zależność między tym jednostkowym zniżeniem, a ceną całej oferty. Jeśli mimo niskiej wyceny jednego elementu całe zamówienie pozostaje opłacalne dla wykonawcy, to nie może być mowy o rażąco niskiej cenie.” (por. Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3730/21). 10. Tymczasem z treści Wezwania nie wynika nawet, że Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do wykonania przedmiotowego zamówienia na poziomie 61

zaaferowanej przez Wykonawcę ceny. 11. Wykonawca wskazuje, że wymienione przez Zamawiającego pozycje kosztorysu (poz. poz. 35, 51, 53, 54, zakres związany z „Robotami ziemnymi”) nie są istotnymi częściami składowymi, o których mowa w art. 224 ust. 1 p.z.p. W piśmiennictwie słusznie wskazuje się, że „Istotna część składowa” ceny lub kosztu definiowana jest nie tylko jako taka część składowa ceny, która stanowi istotny ułamek ceny oferty, lecz także jako część składowa ceny oferty, będąca ceną (wynagrodzeniem) za wykonanie świadczenia, które ma istotne znaczenie merytoryczne (wyrok KIO z 25.01.2022 r., KIO 69/22, LEX nr 3317706). Istotnymi częściami składowymi ceny w rozumieniu 224 ust. 1 p.z.p. są więc te części ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział w całości zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. (P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 224.) 12.

Wykonawca wyjaśnia (o czym będzie szczegółowo w części III – Wyjaśnień), że koszt związany z realizacją zakresu wskazanych przez Zamawiającego czterech pozycji Kosztorysu nie został zniżony i wynika z doświadczenia Wykonawcy, który dobrał

odpowiednich podwykonawców mogących zrealizować umowę na korzystnych warunkach, mając na względzie uwarunkowania rynkowe oraz ramy realizacji niniejszego zadania. Dostrzeżona różnica czterech pozycji cenowych z cenami pozostałych

wykonawców może wynikać choćby z nieoptymalnych założeń realizacyjnych lub nieodpowiedniego doboru

podwykonawców lub odmiennych metodologii obliczania cen jednostkowych przyjętych przez pozostałych wykonawców. 13. Różnice pomiędzy cenami jednostkowymi, nie wskazują rażąco niskiej ceny, a wyłącznie świadczą o fakcie

powszechnie znanym – że wykonawcy posiadają często inne zasady i inną metodologię wyceny ofert. Sytuacja taka z całą pewnością nie stanowi podstawy wezwania w

trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. – podejrzenia rażąco niskiej ceny. „Wykonawcy mogą w różny sposób kalkulować ceny swoich ofert, o ile nie naruszają w tym zakresie postanowień zawartych w swz. Tym samym różnorodna metodologia ustalania cen jednostkowych, a w efekcie całkowitej ceny oferty, nie jest nietypową sytuacją rynkową, również w obszarze zamówień publicznych. (...) Istotne bowiem jest to, aby jego sposób kalkulacji ceny zapewniał należyte wykonanie zamówienia, a nie to, by był analogiczny do sposobu wyceny innych wykonawców lub zamawiającego” (por. Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2021 r. sygn. akt KIO 1899/21). 14. Wykonawca zwraca nadto szczególną uwagę na fakt, że zaoferowana cena nie odbiega zasadniczo od cen innych ofert złożonych w Postępowaniu. Zaoferowana cena, mimo że jest najniższa spośród złożonych ofert to z uwagi na jej globalną wysokość nie powinna budzić wątpliwości co do możliwości zrealizowania przedmiotowego zadania zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. 15. Cena oferty

Wykonawcy stanowi 83% średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu. Kolejna oferta - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zawiera cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę jedynie o 7,98%. Kolejne w kolejności oferty zawierają cenę wyższą od ceny zaoferowanej przez Wykonawcę o: 1) 13,79% - oferta Przedsiębiorstwo Budowy Dróg S.A. z siedzibą w Starogardzie Gdańskim; 2)

14, 20% - oferta Konsorcjum: Kobyłarnia S.A. z siedzibą w Brzozie i Mirbud

S.A. z siedzibą w Skierniewicach; 3) 17,21% - oferta Colas Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędzie; 4) 19% - oferta Transpol Lider Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w

Inowrocławiu; 5) 20,39% - oferta Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie; 6) 31,80% - oferta Unitrak Sp. z o.o. z siedzibą w Kielnie. 16. Cztery najkorzystniejsze oferty w

postępowaniu zostały skalkulowane na podobnym poziomie – różnica pomiędzy nimi nie przekracza 15%. Powyższe świadczy o tym, że obecnie konkurencja na rynku wykonawczym jest zaciekle, a wykonawcy mają możliwość oferowania korzystniejszych dla zamawiających warunków realizacji zamówień. B. Nieprzejrzystość Wezwania Zamawiającego 1. Wykonawca ponad twierdzenia podniesione w części I A. niniejszych wyjaśnień wskazuje, że treść Wezwania Zamawiającego uniemożliwia mu rzetelne odniesienie się do zarzutu rzekomej rażąco niskiej ceny. W Wezwaniu nie wskazano w istocie żadnych zarzutów – ani wątpliwości jakie Zamawiający powziął w związku z stwierdzoną przez niego różnicą cenową czterech pozycji jednostkowych. Zamawiający nie wskazał także zakresu oczekiwanych wyjaśnień oprócz zacytowania treści powszechnie obowiązującego prawa. 2. Zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami p.z.p. winien formułować nie tylko zarzuty, ale także określać oczekiwany przez niego zakres wyjaśnień, względnie - dokumentów. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 maja 2022 r. (sygn. akt KIO 989/22) „(...) W wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i z jakiego powodu zamawiający powziął wątpliwości. (...) (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod red. H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 708 i 712.). (...) W tym miejscu należy wskazać, że

Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania skierowanego do wykonawcy i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania.” 3. W omawianym zakresie na szczególną uwagę zasługuje pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 18 marca 2022 r. (sygn. akt KIO 552/22), gdzie KIO bardzo obszernie

objaśniła jaka relacja winna występować pomiędzy wezwaniem zamawiającego do złożenia 63

wyjaśnień, a treścią odpowiedzi wykonawcy: „[...] złożone wyjaśnienia powinny stanowić adekwatną odpowiedź na skierowane do wykonawcy wezwanie. W ocenie Izby skierowane do wykonawcy ROMI wezwanie miało charakter ogólny, na co wskazuje użycie zwrotu "w szczególności" oraz odwołanie się do treści art. 224 ust. 3 p.z.p, który również stanowi jedynie przykładowy zakres wyjaśnień. Zamawiający w treści wezwania nie wyszczególnił żadnych konkretnych okoliczności które mają zostać wyjaśnione, w tym nie zażądał szczegółowego rozbicia ceny. Mając powyższe na uwadze nie sposób uznać jakoby udzielone przez wykonawcę ROMI wyjaśnienia nie stanowiły odpowiedzi na to wezwanie, w tym wykonawca odniósł się do elementów oferty mających w jego przekonaniu korzystny wpływ na zaoferowaną cenę”. Pogląd ten zasługuje na aprobatę - samo pouczenie przez Zamawiającego o treści obowiązujących przepisów (np. art. 224 ust. 3 p.z.p. oraz art. 225 ust. 4 p.z.p.) nie czyni zadość obowiązkowi Zamawiającego do precyzyjnego sformułowania zarzutów.

4. Wykonawca wskazuje, że wobec lakoniczności Wezwania, jak również wobec braku jasno określonych zarzutów czy oczekiwań Zamawiającego, składa wyjaśnienia w stosunku do czterech pozycji kosztorysu, co do których Zamawiający wskazał wątpliwości. 5. Wobec treści Wezwania – braku zarzutów i braku wskazania zakresu wymagającego wyjaśnienia - zdaniem Wykonawcy obiektywnymi i sprawdzalnymi czynnikami wykazującymi, że oferta Wykonawcy - jej części składowe, nie zawierają rażąco niskiej ceny, są oferty Podwykonawców, które to stanowią Tajemnicę Przedsiębiorstwa (szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie

zawarte jest w części II Wyjaśnień). 6. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 65/23 słusznie wskazała, że „trudno oczekiwać od składającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, że będzie on

samodzielnie kreował okoliczności, które miałyby następnie poprzeć dowodami, jeżeli odpowiednie wezwanie w tym zakresie nie wypłynęło od Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający nie sprecyzował, co należy wyjaśnić i poprzeć dowodami, to nie można od wykonawcy oczekiwać działania wykraczającego poza zakres wezwania”. „Zamawiający jest zobligowany do precyzyjnego określenia swoich wątpliwości w treści wezwania

skierowanego do wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. i ciężaru tego nie można przenosić na wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie, jednak to do obowiązków zamawiającego należy jednoznaczne sformułowanie treści wezwania: (por. Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r. sygn. akt KIO 3468/23). 7. Wykonawca wskazuje

jednocześnie, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji zbyt ogólnego Wezwania -jak podkreślono w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2017 r. (sygn. akt: KIO/KU 3/17) „w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że po 64

pierwsze, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest zbyt ogólne, to wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji takiego wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia, a po drugie, że nie ma żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia budzą jeszcze wątpliwości, np. wyrok KIO sygn. akt 1143/15 z 23 czerwca 2015 r., wyrok KIO sygn. akt 150/16 z 18 lutego 2016 r.”. C. Wezwanie Zamawiającego jako czynność niezgodna z przepisami p.z.p. 1. Jak zostało wykazane w części I A. i B. Wezwanie w formie i treści w jakiej zostało skierowane do Wykonawcy jest czynnością niezgodną z przepisami p.z.p. 2. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 stycznia 2020 r. (sygn. akt 3730/20) Regulacja zawarta w art. 224 ust. 1 p.z.p. uzależnia żądanie wyjaśnień od wykonawcy od wystąpienia po stronie zamawiającego wątpliwości lub, gdy zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wobec tego obowiązek badania, czy cena lub koszt nie zostały zaniżone, powstaje zawsze, gdy zamawiający nabierze wobec ich wysokości uzasadnionych wątpliwości. W szczególności należy mieć na uwadze, że bezpodstawne żądanie wyjaśnień -w przypadku braku uzasadnienia znajdującego oparcie w okolicznościach stanu faktycznego lub przepisach prawa - należy traktować jako naruszenie prawa. Ponadto wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w aspekcie podejrzenia występowania w złożonej przez niego ofercie rażąco niskiej ceny wywołuje doniosłe i daleko idące konsekwencje po stronie wykonawcy, który do złożenia takich wyjaśnień został wezwany. Przepis art. 224 ust. 5 p.z.p. nakłada bowiem na wezwanego wykonawcę obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Z przytoczonych powyżej powodów stosowanie tego instrumentu powinno być stosowane przez zamawiających w uzasadnionych przypadkach. 3. Niniejsze wyjaśnienia mimo oczywistej niezasadności oraz wadliwości Wezwania składane są jedynie z daleko idącej ostrożności. Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym zobowiązany jest zrewidować poczynione już czynności w toku postępowania, w szczególności zrewidować czynność Wezwania w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. skierowanego do Wykonawcy. 4. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (Wyrok

z 23 września 2010 r. sygn. akt 1939/10 "Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie". II. Tajemnica przedsiębiorstwa 1. Wykonawca oświadcza, że Załączniki 18.8 oraz 12.1-15 do niniejszych wyjaśnień, jak również sama treść wyjaśnień w części „III” (tj. str. 16 – 26) zawierają informacje handlowe i organizacyjne

przedsiębiorstwa - wszystkie te informacje posiadają dla Wykonawcy wartość gospodarczą. Zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest na gruncie p.z.p. dopuszczalnym ograniczeniem w zakresie jawności. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 p.z.p. 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. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 2. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”), aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa spełnione muszą zostać następujące przesłanki: (a) informacje muszą mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny wskazujący na wartość gospodarczą; (b) jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób;

(c) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. 3. Poniżej Wykonawca przedstawia szczegółowe uzasadnienie spełnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 Uznk. 4. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt oświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacjami organizacyjnymi są natomiast dane używane w bieżącej działalności przedsiębiorstwa, takie np. jak struktura organizacyjna, procedury organizacyjne, stosowane metodologie, know — how przedsiębiorcy, procedury zdalnego dostępu, systemy przetwarzania informacji,

instrukcje i procedury bezpieczeństwa. Ze względu na indywidualny charakter informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie. 5. Nie powinno więc budzić wątpliwości, iż dyspozycja zawarta w treści art. 11 ust. 2 Uznk stanowi katalog o charakterze otwartym i to od indywidualnej oceny danego przypadku powinno zależeć przyznanie danej informacji statusu tajemnicy przedsiębiorstwa¹. Teza ta znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji przepisów Uznk z dnia 5 lipca 2002 r. (na podstawie której zastąpiono istniejące dotychczas enumeratywne wyliczenie informacji mogących być uznanymi za tajemnicę przedsiębiorstwa katalogiem otwartym): „W przepisach tych [tzn. komentowanej ustawy - autor] rozszerzono zakres ochrony interesów przedsiębiorcy, związanych z jego działalnością zawodową. Mianowicie ochroną tą objęto wszelkie informacje, mające dla przedsiębiorcy wartość gospodarczą, które przedsiębiorca 66

uznał za poufne i zastosował wobec nich odpowiednie środki w celu

utrzymania tych informacji w tajemnicy”. 6. Obowiązek zachowania poufności określonych informacji w przypadku relacji z podwykonawcami lub

poddostawcami wynika w głównej mierze z warunków finansowych, jakie widnieją w ofertach, a które są właściwe jedynie dla relacji na linii Wykonawca – podwykonawca/poddostawca. Wykonawca, w toku prowadzonej działalności na rynku inwestycji infrastrukturalnych, zbudował szereg relacji umożliwiających pozyskiwanie korzystnych warunków współpracy. Kluczowe jest, że warunki, które zaproponowane zostały Wykonawcy są na tyle korzystne, że pozwalają na skuteczne ubiegania się o udzielenie zamówienia nawet w postępowaniach cechujących się wysoką konkurencyjnością. Bez wątpienia zatem zawierają one upusty cenowe i rabaty, właściwe dla relacji Wykonawca – autor oferty. Podkreślić należy, że treść tych ofert jest konsekwencją wieloletniej współpracy, wzajemnego zaufania i zbudowanych relacji. Oferty uzyskane od podwykonawców mają indywidualny charakter. Nie może być zresztą inaczej skoro skierowane są do Wykonawcy (lub pracowników spółki) i dotyczą oferty kalkulowanej na potrzeby konkretnego postępowania. Ich ujawnienie mogłoby negatywnie skutkować dla relacji utrzymywanych z innymi podmiotami. 1 Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 745/08

7. Podkreślamy, że w toku prowadzonej działalności niejednokrotnie spotkaliśmy się ze zjawiskiem polegającym na wykorzystywaniu wiedzy o szczegółach relacji łączących dane podmioty do walki konkurencyjnej. Dlatego też zależy nam na zachowaniu poufności załączanych ofert, co gwarantuje korzystanie przez Wykonawcę z korzyści wygenerowanych w toku wieloletniej działalności na rynku inwestycji infrastrukturalnych. Powyższe okoliczności oraz wpływ wycen podwykonawczych oraz wycen dostawców na kształt (w tym cenę) oferty są wielokrotnie podkreślane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 16 marca 2016 r.² podmioty współpracujące -podwykonawcy można traktować, jako specyficzny know - how, unikalny pomysł na realizację zamówienia [oczywiście zgodnie z wymaganiami Zamawiającego], co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lutego 2016 r.³ uznając, że: Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania

tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogliby podejmować 67

próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania

podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić. 8. W związku z powyższym, oferty podwykonawców i poddostawców w najdalej idący sposób wpływają na bowiem i na kluczowe aspekty tegoż zobowiązania, takie jak możliwość jego realizacji za określoną cenę, w określonym terminie i w danych warunkach. 9. Wykonawca oświadcza, że oferty podwykonawców nie zostały upublicznione -wręcz przeciwnie, w ich treści wyraźnie wskazano, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa podwykonawców. Podwykonawcy upoważnili Wykonawcę do przekazania treści ofert wyłącznie Zamawiającemu lub Krajowej Izbie Odwoławczej. 10. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 7 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 764/22) „Niezbędnym elementem skutecznego uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Tymczasem, aby je wykazać, należy np. przedstawić dokumenty, z których wynika, że konkretne informacje (te same, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla ściśle określonego kręgu osób.”. 11. Upublicznienie treści ofert podwykonawców, zaoferowanych przez nich cen czy ujawnienie samej okoliczności potencjalnej współpracy z Wykonawcą może spowodować wiele negatywnych 2 Sygn. KIO 289/16 3 Sygn. KIO 149/16 konsekwencji o charakterze gospodarczym, na które Wykonawca wskazywał powyżej. O znaczeniu takich informacji wielokrotnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza, w tym m.in. w wyroku z 7 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO 730/22), gdzie Izba wskazała, że „Podziela stanowisko co do znaczenia gospodarczego w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa informacji (...), których ujawnienie może stanowić zagrożenie dla interesów przedsiębiorcy poprzez między innymi osłabienie ich wiarygodności, zmniejszenie zdolności kredytowej, zdolności negocjacyjnej, co w konsekwencji może rzutować na zawieranie umów na korzystnych warunkach. Trudno oczekiwać od wykonawcy, by w każdym przypadku wykazywania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji przedstawił dowody w formie fizycznej - czasami uzyskanie pewnych korzyści lub zaoszczędzenie kosztów z powodu utajnienia określonych informacji może mieć charakter potencjalny i przyszły, co jednak nie przesądza o braku wartości

gospodarczej takich informacji." 12. „Wypracowane przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności relacje handlowe - stanowiące efekt współpracy i budowanych przez lata kontaktów podmiotów prywatnych, a także istniejące pomiędzy nimi relacji biznesowej, stanowią o wymiernej wartości gospodarczej takich informacji. Utrzymywanie w tajemnicy informacji o współpracy z danym podmiotem czy też 68

o przedmiocie takiej współpracy, może mieć wpływ na budowaną pozycję rynkową danego wykonawcy. Informacje na temat kontrahentów spoza sektora publicznego, uzyskanego w ramach współpracy wynagrodzenia, czy przedmiotu tej współpracy mogą stanowić źródło wiedzy o danym przedsiębiorcy i dla innego podmiotu, działającego profesjonalnie w tym samym segmencie rynku, mogą być wykorzystane w celu zachwiania pozycji konkurencji" (wyrok z dnia 9 maja 2022 r. Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1006/22). 13. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wyjaśnień Wykonawcy. Zawierają one szczegółowe wyliczenia, które odzwierciedlają sposób realizacji zamówienia. Kalkulacja ceny ofertowej stanowi know - how Wykonawcy, jest bowiem konsekwencją strategii, którą przyjął Wykonawca na etapie opracowywania ceny ofertowej. Jest to szczególnie istotne biorąc pod uwagę, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego rywalizują Wykonawcy z tego samego rynku, którzy wycenić muszą ten sam zakres prac. Zatem właśnie ów know - how niejednokrotnie przesądza o przewadze, która pozwolić może na wygranie przetargu. Oznacza to, że wartością podlegającą prawnej ochronie jest dobór kontrahentów, rozwiązań technicznych i wykorzystanie okoliczności sprzyjających danemu wykonawcy. Podkreślić również należy, że reguły kalkulacji cen ofertowych, jakkolwiek niewątpliwie uzależnione od konkretnych postępowań, są co do zasady wykorzystywane w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem ochrona tych informacji w postępowaniu przekłada się jednocześnie na

analogicznie upatrywany interes wykonawcy w innych postępowaniach. Nie budzi zatem wątpliwości, że mamy tu do czynienia z całym pakietem informacji odnoszących się do organizacji i podstaw funkcjonowania przedsiębiorstwa, w tym koncepcji Wykonawcy w zakresie sposobu prowadzenia działalności gospodarczej. 14. Zasadność utajniania tego typu informacji potwierdza w swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza, chociażby w wyroku z dnia 14 maja 2013 r. 4 Tak więc informacje zawarte w 4 Sygn. KIO 908/13 wyjaśnieniach wykonawcy mają wartość gospodarczą. Sposób budowania strategii cenowej w ofercie i elementy składowe tej strategii (kosztorysy i struktura zatrudnienia) spełniają przesłanki uznania informacji tych za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowiącego know-how, jako posiadających wartość handlową i gospodarczą, obrazując bowiem rozwiązanie dotyczące kalkulacji ceny, która pozwoliła na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. 15. Dodatkowo należy stwierdzić, że informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach należy brać pod uwagę jako jedną całość składającą się na treść wyjaśnień i nie mogą one być wrywkowo wyciągane z kontekstu, ponieważ w takim przypadku mogłoby pośrednio dojść

do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje nie zostały nigdy ujawnione do wiadomości publicznej, a Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności — ograniczając krąg osób zaangażowanych w temat wymiany 69

korrespondencji i argumentacji, a osoby te zostały zobowiązane do zachowania

wszelkich informacji w poufności. 16. Powyżej wskazane informacje pozyskane przez inne przedsiębiorstwa zmniejszyłyby konkurencyjność Wykonawcy w innych przetargach. Otoczenie konkurencyjne wyeliminowałoby taki podmiot z rynku, gdyby jego unikalna

wiedza o konkretnym biznesie stała się publiczna i dostępna dla każdego. Skutki takiego działania naraziłyby na szkodę interes spółek i w konsekwencji także wszystkich pracowników. 17. Nadto, nie sposób nie dostrzec, że przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych prac powtarzalnych - prac, które są wykonywane także na innych podobnych kontraktach. Wykonawca mógłby więc, ceny oraz dane wskazane w ofertach zastosowanych w niniejszej sprawie, wprost zastosować w kolejnych

postępowaniach, budując w ten sposób przewagę konkurencyjną, i w konsekwencji osiągając korzystniejsze ceny ofertowe, a jeśli informacje te zostaną ujawnione podmiotom konkurencyjnym, z pewnością utracą zbudowaną przewagę gospodarczą. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo zbierać informacje oraz wyceniać określony zakres prac, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka itd., co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej. Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych, prowadzić będzie do utraty możliwości efektywnego konkurowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, generując straty (utraczone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień). Wykonawca sporą część portfela zleceń pozyskuje z rynku zamówień publicznych, gdzie w dalszym ciągu głównym kryterium

przesądającym o wyborze jest cena. W odczuciu Wykonawcy jest rzeczą oczywistą, że informacje handlowe, gospodarcze i technologiczne decydujące o uzyskaniu najkorzystniejszej ceny muszą mieć charakter poufny i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. 18. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że informacja staje się "tajemnicą", kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w

normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań (por. np. orzeczenie SN Izba Cywilna z 6.06.2003, IV CKN 211/01; orzeczenie SN z dnia 3.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 oraz orzeczenie SN z dnia 5.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67). „Art. 11 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - istnienie zasięgu stanu tajemnicy - uzależnia od podjęcia przez przedsiębiorcę 70

określonych działań zmierzających do zachowania poufności objętych nią danych. Działania te - jak trafnie podnosi się w literaturze przedmiotu - powinny zmierzać do osiągnięcia takiego stanu, w którym osoby trzecie chcąc zapoznać się z treścią informacji, muszą doprowadzić do wyeliminowania przyjętych przez przedsiębiorcę mechanizmów zabezpieczających przed niekontrolowanym wpływem danych. Wybór informacji mających zostać objętymi poufnością należy oczywiście do przedsiębiorcy. Jednakże wybór ten, co do zakresu stanu tajemnicy, nie może być oderwany od możliwości podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania w poufności wybranych informacji (art. 11 ust. 4 ustawy) — tak Sąd Najwyższy w wyroku z 5 września 2001 roku, I CKN 1159/00. 19. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. „Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do informacji publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna”. Wykonawca oświadcza, iż wymienione powyżej informacje nie były i nie będą ujawniane do wiadomości publicznej, czemu Wykonawca dało wyraz w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla osób mających do nich dostęp (oraz podjęło szereg czynności służących ich ochronie, o czym mowa w dalszej części pisma). Tym samym bezsporne jest, że nie można ich uznać za powszechnie znane czy też łatwo dostępne. 20. Wyjaśniamy, że informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach i załączonych do nich dokumentach nie są ujawnione przez nas nie tylko poza sferę naszych przedsiębiorstw, ale nie są ujawnione większości naszych pracowników, a wyłącznie osobom niezbędnym do przygotowania kompleksowej oferty. Ponadto wszyscy pracownicy spółek wchodzących w skład Wykonawcy zobowiązani są do zachowania w poufności wszelkich informacji pozyskanych w związku z zatrudnieniem, niedotyczących ich osobistych spraw wynikających ze stosunku pracy. Dostęp do tych informacji posiada wąska grupa pracowników Wykonawcy, czego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z ich upublicznieniem. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w przywołanym już wyroku „tajemnica nie traci swojego charakteru, gdy wie o niej pewne ograniczone grono osób, zobowiązanych do dyskrecji, w tym – kontrahenci przedsiębiorcy”. Na uwagę zasługuje, że nie jest możliwe zapoznanie się z przedmiotowymi informacjami zwykłą, prawnie dozwoloną drogą (wykazanie, iż w taki sposób możliwe jest uzyskanie dostępu do informacji pozbawia je ochrony prawnej⁵). 21. Ostatnią przesłanką warunkującą uznanie danej informacji za stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę działań zmierzających do zachowania jej poufności. Na wstępie zaznaczyć należy, iż ustawodawca

w żaden sposób nie precyzuje form, 5 Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. I ACa 968/11

jakie przybrać powinny zmierzające do zachowania poufności działania przedsiębiorcy. Zdaje się więc nie budzić wątpliwości, iż postępowanie przedsiębiorcy w kontekście art. 11 ust. 2 Uznk oceniać należy przez pryzmat celu, jaki tej normie przyświeca. Tym natomiast jest uniemożliwienie, aby chroniona informacja dotarła do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony⁶. 22. W jednym ze swoich wyroków Sąd Najwyższy poddał analizie dyspozycję art. 11 ust. 2 Uznk⁷ w kontekście spoczywających na przedsiębiorcy obowiązków i stwierdził, iż ani z treści tego przepisu, ani z całokształtu Porozumienia w Sprawie Handlowych Aspektów Praw Własności Intelektualnej (zbiór europejskich standardów w zakresie uczciwej konkurencji) nie wynika, jakim działaniami ochronnym muszą zostać poddane tajemnice przedsiębiorstwa, aby można było traktować je jako poufne. Sąd Najwyższy wskazuje ponadto: „W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być (art. 11 ust. 4 Uznk), (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku”⁸. Przyjąć więc należy, iż to do przedsiębiorcy należy wybór takich środków zaradczych, aby zagwarantować, iż informacje, których jawność chce ograniczyć pozostaną niedostępne bez podjęcia specjalnych, ukierunkowanych na ich odtajnienie, działań. Wykonawca stosuje rygorystyczne reguły wewnętrzne związane z dostępem do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz z obrotem tymi informacjami. 23. Do środków, którymi może posługiwać się wykonawca w celu zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z przyjętym w doktrynie katalogiem zaliczyć

można między innymi: dozór fizyczny, kontrolę dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji, a także technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa. Jak wskazuje się w doktrynie, „środki prawne stosowane w ochronie informacji również nie są homogeniczne i obejmują np. poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule do umów o pracę, oddzielne umowy o poufność, zakazy konkurencji, oświadczenia o

poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną”⁹. 24. Odnosząc powyższe okoliczności do przedmiotowego Postępowania, należy wskazać, że wszystkie informacje objęte zastrzeżeniem spełniają warunek poufności, tj. nie są to informacje powszechnie dostępne, a Wykonawca dołożył wszelkich starań, żeby żadne informacje umożliwiające ujawnienie tych danych nie były dostępne publicznie. 25. W celu ochrony informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawca podjął szereg działań o charakterze zarówno fizycznym jak i prawnym, co przejawia się między innymi w tym, że 72

dostęp do informacji zawartych we wszystkich wymienionych dokumentach posiada wyłącznie określone i ograniczone grono pracowników i współpracowników Wykonawcy. 6 Por. wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. I CKN 304/00 7 Wyrok odnosi się do poprzedniej jednostki redakcyjnej Uznk odnoszącej się do tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 4) 8 Wyrok SN z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. V CSK 444/06 9 Michalak A. Art. 11. W: Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II. Wolters

Kluwer, 2016

informacje te gromadzone są w taki sposób, że nie jest możliwy dostęp do nich przez osoby nieupoważnione. 26. Dostęp do wskazanych informacji ma wyłącznie ograniczona liczba pracowników Wykonawcy - osoby odpowiedzialne za przygotowanie danej oferty (w zakresie, w jakim dostęp ten jest niezbędny do złożenia poprawnej formalnie oferty) oraz

zarządy Spółek. Mówiąc o ograniczeniach w dostępie pracowników i innych osób do zastrzeganych informacji wskazać należy, że Wykonawca stosuje ograniczenia

organizacyjne związane z przepływem danych polegające m. in. na

wprowadzeniu stosownych procedur wewnętrznego obiegu informacji stanowiących

tajemnicę przedsiębiorstwa, zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze, itp. W celu ochrony informacji o poufnym charakterze, w Grupie Kapitałowej Polimex Mostostal zostały wprowadzone mechanizmy ochrony informacji poufnych w postaci Regulaminu obiegu i ochrony dostępu do informacji poufnych oraz wykonywania obowiązków

informacyjnych w Grupie Kapitałowej Polimex – Mostostal S.A. („Regulamin”) – Załącznik nr 1 oraz Procedura Przygotowania Oferty i Umowy, z których wyciągi przedkładamy w załączeniu – Załącznik nr 2. Zgodnie z pkt. 5 wskazanej procedury, wszelkie informacje i dokumenty pozyskiwane i tworzone w trakcie procesu ofertowania podlegają ochronie przez wyznaczony w tym celu dział. Mając na względzie poufność informacji i dokumentacji związanych z przygotowywaną ofertą wskazana procedura wprowadziła również

szczegółowy tryb wyboru zespołu ofertowego oraz jego składu. Odnosząc się zaś do przedłożonego Regulaminu wskazuję w szczególności na regulacje dotyczące ochrony informacji poufnych w zakresie prowadzenia listy osób mających dostęp do informacji poufnych, zakazu wykorzystywania i ujawniania informacji poufnych, archiwizacji

dokumentów, udostępniania informacji poufnych na zewnątrz spółki oraz podmiotów zależnych, nadzoru i kontroli nad informacjami poufnymi oraz sankcji za naruszenie postanowień Regulaminu. 27. Dodatkowo pracownicy, mający dostęp do zastrzeganych informacji, zostali zobowiązani do zachowania tychże informacji w tajemnicy, na dowód czego w załączeniu przedkładamy wzory umów o pracę zawartych z pracownikami uczestniczącymi w procedurze przygotowania ofert stosowane przez Polimex – Mostostal S.A. oraz Polimex Infrastruktura sp. z o.o. (Załącznik nr 3.1 oraz Załącznik nr 3.2) oraz wzór 73

oświadczenia osoby zatrudnionej o zobowiązaniu do zachowania poufności oraz przestrzeganiu Regulaminu (Załącznik nr 4). Obowiązek zachowania poufności zastrzeganych informacji jest także jednym z podstawowych obowiązków pracowniczych, jakie spoczywają na osobach pracujących na rzecz Wykonawcy, wynikającym z art. 100 § 2 pkt 4 Kodeksu pracy. 28. Ponadto - umowy zawarte przez Wykonawcę z podwykonawcami (dostawcami) przewidują, że sam fakt prowadzenia negocjacji z podwykonawcami jest objęty klauzulą poufności. Co więcej, w celu zachowania poufności, w Grupie Kapitałowej Polimex Mostostal została wdrożona Procedura Zakupów w GK PxM, z której wyciąg przedkładamy w załączeniu (Załącznik nr 5). Zgodnie z obowiązującą procedurą, „zapytanie ofertowe może być otwarte, czyli dostępne publicznie lub zamknięte, czyli skierowane do kwalifikowanych grup dostawców/podwykonawców w danej grupie dostawców/podwykonawców (oferujących określone produkty/usługi). Zapytania zamknięte muszą być bezwzględnie stosowane w przypadku przekazywania dokumentacji technicznej lub innych wewnętrznych dokumentów. Zapytanie ofertowe zawierające

kompleksową dokumentację techniczną lub inne wewnętrzne dokumenty może być skierowane wyłącznie do firm kwalifikowanych, które podpisały deklarację o poufności.” W związku z powyższym Wykonawca załącza również wzór klauzuli poufności obowiązującej w Grupie Kapitałowej Polimex Mostostal, akceptowanej przez kontrahentów przed udostępnieniem przez Wykonawcę informacji związanych z daną inwestycją (Załącznik nr 6). 29. Wykonawca wypracował wewnętrzne reguły obiegu dokumentów oraz dostępu do informacji, jak również wdrożył technologię zabezpieczającą bezpieczeństwo sieci informatycznych. W szczególności, wszelka korespondencja elektroniczna dotycząca postępowania, a zwłaszcza ta dotycząca informacji zawartych w wyżej wymienionych załącznikach zawiera oświadczenie o poufności dokumentów i informacji w nich zawartych. 30. Podsumowując, należy wskazać, że Wykonawca uczyniło zadość wymaganiom w zakresie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wskazane informacje nie mogą zostać udostępnione pozostałym wykonawcom. Biorąc pod uwagę powyższe, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest zasadne. III. Wyjaśnienia ### TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA WYKONAWCY – POCZĄTEK ###

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA WYKONAWCY – KONIEC

IV. Podsumowanie 1. Wykonawca oświadcza, że oświadcza i potwierdza, że złożona przez Wykonawcę oferta jest zgodna i odpowiada treści SWZ, jak również, że w zaoferowanej cenie zawarto całość kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz, że złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. 2. Wykonawca oświadcza nadto, że zaoferowana przez Wykonawcę cena zapewnia realizację przedmiotu zamówienia bez uszczerbku dla jego jakości.

3. Wykonawca wskazuje, że część „III” niniejszych wyjaśnień, jak również Załączniki 1 - 8.8 i 15 wraz z ofertami Podwykonawców (Załączniki 12.1-14.5) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy. (...). ”

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegające częściowemu uwzględnieniu.

W ocenie Izby, Przystępujący w ramach przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa

wyjaśnień ceny rażąco niskiej i załączników do nich (Cz. III i załączniki od 1 do 8.8, od 12.1 do 14, 5 oraz 15) wykazał, co do zasady wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 2 UZNK, jak i uczynił zadość wymogom z art. 18 ust. 3 Pzp. Jednocześnie wymaga podkreślenia, że: „Zainteresowany wykonawca już w momencie przekazania zamawiającemu informacji i dokumentów, których ochrony i utajnienia żąda, powinien złożyć stosowne zastrzeżenie. Z kolei ocena spełnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinna być każdorazowo dokonywana indywidualnie i uwzględniać wszystkie mające znaczenie okoliczności konkretnego przypadku” (za wyrokiem KIO z 14.04.2023 r., sygn. akt: KIO 841/23). Z tych też względów okoliczność tożsamości uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszej sprawie, a w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Miasto Gdynia (dowód nr 1 złożony przez Odwołującego), czy też firmę INERCORE (dowód nr 4 złożony przez Odwołującego /w tym wypadku było inne wezwanie do wyjaśnień inne niż w tym stanie faktycznym gdy wezwanie nie jest tak konkretne ale bardziej swobodne/) jest irrelevantne dla przedmiotu sporu i nie zmienia stanowiska Izby przedstawionego na wstępie. Nadto, ważne są same wyjaśnienia ceny rażąco niskiej.

Izba podkreśla w zakresie pierwszej przesłanki, że co do charakteru tych informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa niewątpliwie nie jest możliwe ich wyczerpujące wyliczenie. Nadto, zgodnie z wyrokiem TSUE (C-54/21) za poufne mogą być zastrzeżone dowolne informacje, mające wartość handlową dla Wykonawcy. Inaczej mówiąc też „inne” niż techniczne, technologiczne i organizacyjne, gdy to: „mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym Wykonawcy”.

Odnosnie wartości gospodarczej informacji, o której mowa w art. 11 ust. 2 UZNK przejawia się ona w tym, że ujawnienie informacji konkurentom mogłoby spowodować po

stronie wykonawcy szkodę, czy też odwrotnie, gdy wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. (wyrok z dnia 04.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1626/19, KIO 1628/19). Wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności

gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, definiowała również pojęcie „wartości gospodarczej” w wyroku z dnia 26.03.2018 r., sygn. akt: KIO 458/18, KIO 474/18 stwierdzając, że wartość gospodarcza określonej informacji poufnej przejawia się co do zasady w możliwości wykorzystania tej informacji w walce konkurencyjnej. Chodzi więc o wykazanie, że dana informacja dotyczy działalności gospodarczej określonego przedsiębiorcy i może być wykorzystana w walce konkurencyjnej. (wyrok z dnia 26.03.2018 r., sygn. akt: KIO 458/18, KIO 474/18). W orzecznictwie przyjmuje się, że informacje składające się na tajemnicę przedsiębiorstwa muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędza mu wydatków lub przysparza mu więcej zysków. Podkreśla się również, że wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające (tak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11.09.2014 r., sygn. akt: II PK 49/14). Wartość gospodarcza nie zawsze można wykazać konkretną wartością, z tego powodu jej przejawem może być potencjalna szkoda, jaka Wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

Udostępnienie zastrzeganej informacji wiązałoby się dla Wykonawcy z istotną szkodą, która byłaby równa co najmniej kosztom, jakie Wykonawca musiałby ponieść modyfikując

stosowaną dotychczas strategię cenową by pozostać konkurencyjnym, poszukując kolejnych kontrahentów, oraz nowych rozwiązań w zakresie kalkulacji ceny związanych np.: z brakiem nowych zamówień. Przepis art. 11 ust. 2 UZNK nie wymaga bowiem wyliczenia wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, bowiem to nie wysokość potencjalnej szkody czy kosztów koniecznych od poniesienia świadczy o posiadaniu przez zastrzegającą informację wartości gospodarczej, ale sama okoliczność, że taka potencjalna szkoda lub koszt mogą zaistnieć. „Nie można tu przyjąć jednolitej miary wartości, wprowadzając np. jego sztywne minimum. Każde naruszenie cudzej, poufnej informacji, która wpływa na wartość

przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub której naruszenie powoduje

wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W doktrynie wyrażono pogląd, że „pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie” [zob. A. Michalak, Deliktowa i kontraktowa ochrona, s. 32]. (J. Szewc)

(red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019r.). 76

Podobnie orzecznictwo: „Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego

pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwyt w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowym jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.” (za wyrokiem KIO z 22.04.2021 r., sygn. akt: KIO 715/21).

Niewątpliwie taką wartością gospodarczą stanowią oferty podwykonawców, a ich wartość gospodarcza dla Przystępującego została wykazana, w tym ewentualna szkoda w wypadku ich ujawnienia, a w konsekwencji taki ich charakter jako informacji podlegającej tajemnicy przedsiębiorstwa. Iżba w tym zakresie podziela stanowisko orzecznictwa zgodnie z którym: „podmioty współpracujące - podwykonawcy można traktować, jako specyficzny know-how, unikalny pomysł na realizację zamówienia [oczywiście zgodnie z wymaganiami Zamawiającego], co uprawnia do zastrzeżenia kwestionowanych w odwołaniu informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z 16.03.2016r., sygn. akt: KIO 289/16). Nadto: „Źródła dostaw, ceny materiałów, usług podwykonawczych, jakie są oferowane wykonawcy wysokość rabatów i zasady otrzymywania tych rabatów są również elementem organizacji przedsiębiorstwa, elementem prowadzonej działalności, wypracowanych kontaktów i posiadają wartość gospodarczą, jako informacje handlowe. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca kupuje materiały i uzyskuje usługi, mogłoby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność skarżonego konsorcjum. Niewątpliwie wyszukanie i nawiązanie korzystnych kontaktów handlowych, wypracowanie własnych procedur w toku realizacji zamówienia - wymagało zaangażowania czasowego i poniesienia nakładów po stronie wykonawcy, które jako wartości gospodarcze ma prawo chronić” (wyrok KIO z 17.02.2016 r., sygn. akt: KIO 149/16), jak i: „Fakt pozostawiania przez podmioty prywatne w relacjach handlowych oraz informacje ujawniające elementy ich współpracy mają charakter handlowy i organizacyjny przedsiębiorstwa oraz mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. Ujawnienie takich informacji, które pozornie mogą wydawać się mało istotne, może potencjalnie wpłynąć na zaburzenie konkurencji, zwłaszcza na rynkach o wąskiej specjalizacji, w których o przewadze konkurencyjnej danego podmiotu 77

mogą decydować konkretne relacje biznesowe. Fakt ujawnienia takich relacji może stanowić cenną informację dla konkurentów, którzy podejmując działania zmierzające do zmiany, czy też zaburzenia tych relacji, mogą wpłynąć na aktualną pozycję rynkową danego podmiotu, który wcześniej informacje te utrzymywał w poufności.” (wyrok KIO z 09.05.2022 r., sygn. akt: KIO 991/22).

Odnosnie trzeciej przesłanki, podjęcia działań zmierzających do zachowania poufności danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Formy takich działań mogą być różne. Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku. Wykazanie tej przesłanki jest możliwe dowodami i w tym wypadku Wykonawca powinien złożyć konkretne dowody w postaci klauzul poufności stosowanych w umowach o pracę, czy też regulaminów obiegu dokumentów. W tym stanie faktycznym Przystępujący przedstawił takie dokumenty od załącznika nr 1 do 6 i oddzielnie w ofertach podwykonawców („klauzule poufności”) w załączniku nr 12.1, 12.2, 13.1, 13.2, 14.1, 14.2. Jak stwierdza się w orzecznictwie: „Według Izby w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie podjęcia działań w celu utrzymania informacji w poufności zgodnie z regulacją art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga nie tylko wykazania (udowodnienia), że wszystkie podmioty mające dostęp do tych informacji w sposób skuteczny zobowiązały się zachować w tajemnicy powierzone informacje, ale również wykazania (udowodnienia) działań, jakie w tym zakresie podjęli.” (wyrok KIO z 20.07.2022 r., sygn. akt: KIO 1748/22). Niewątpliwie w przedmiotowym stanie faktycznym zostały te wytyczne spełnione.

Nadto: „Pojęciem "wykazania", o którym mowa w art. 8 ust. 3 (obecnie art. 18 ust. 3) Prawa zamówień publicznych, rozumieć należy nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ulega bowiem wątpliwości, że nie wszystkie okoliczności można poprzeć stosownymi dowodami i w takich wypadkach zasadniczo wystarczające jest złożenie przez danego wykonawcę oświadczenia. W odniesieniu jednak do niektórych twierdzeń wykonawca może z łatwością takie dowody przedstawić, jeśli powołuje się na okoliczności, których wykazanie jest za ich pomocą możliwe.” (wyroku z 26.04.2021r., sygn. akt: KIO 902/21). Podobnie: „W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą

przedsiębiorstwa. Iżba podzieliła przy tym stanowisko wskazujące, że użyte w art. 18 ust. 3 Pzp przez ustawodawcę sformułowanie "wykazania", nie oznacza wyłącznie "oświadczenia", czy "deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg "udowodnienia". (za wyrokiem KIO z 04.08.2022 r., sygn. akt: KIO 1823/22), czy też w wyroku KIO z 30.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1743/16: "Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.", jak i: "Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać (...) np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności" (wyrok KIO 04.02.2016 r., sygn. akt: KIO 84/16). Z tym, że: „Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy, czy głoślowe zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa” (wyrok KIO z 01.04.2021 r., sygn. akt: KIO 500/21).

Przy czym, w niniejszej sprawie Iżba wzięła pod uwagę następującą okoliczność, że Odwołujący złożonymi dowodami na rozprawie dowód od nr 1 do 3, zwłaszcza nr 2 i 3 udowodnił, że określone załączniki od 1 do 8.8, a także 15 zostały odtajnione w innym postępowaniu przez Gminę Miasto Gdynia: „Budowa Obwodnicy dzielnicy Witomino w Gdyni”, w konsekwencji są znane Odwołującemu i nie są już utrzymane w poufności. Z podobnych względów Iżba nakazała odtajnienie str. 17 do 19, 22-23 (Cz. III wyjaśnień od lit. B pkt 1-3, lit. C pkt 1 do 2 „włącznie” i pkt 14 oraz lit. D pkt 1 do 4). Odnosnie załącznika 12.6, 13.5 i 14.5 Iżba nakazała ich odtajnienie po wcześniejszym zanonimizowaniu nazw i danych podwykonawców. Podobnie, listy załączników do wyjaśnień ze str. 27 do 28. Należy także podkreślić, że Iżba nakazała odtajnienie wyciągów kopii umów zawartych w trybie zamówienia publicznego (zał. 8.1 do 8.5 i 8.8), jak i pozostałych

wyciągów kopii umów (mimo okoliczności podnoszonych przez Przystępującego na rozprawie, co do załącznika 8.6 i 8.7), gdyż te ostatnie, jak i wcześniejsze także zostały już ujawnione zgodnie z dowodem nr 2 – 3. Dokumenty prezentujące środki służące zachowaniu poufności (załącznik od 1 do 6) zostały odtajnione, przy czym jedynie z uwagi na ich odtajnienie w innym postępowaniu wskazanym powyżej. Z analogicznych powodów Izba także odtajniła załącznika nr 7 i 15, gdyż są one tożsame z załącznikami nr 7 i 11 do wyjaśnień (złożonych na rozprawie jako dowód nr 2).

Izba zachowała jako tajemnicę przedsiębiorstwa oferty podwykonawców załączone do wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Po pierwsze, dlatego, że są to oferty innych podwykonawców niż oferty podwykonawców wskazanych w przedstawionych dowodach Odwołującego (dowód nr 2), tj. w innym postępowaniu, w którym nastąpiło przywołanie

powyżej odtajnienie. Po drugie, Izba przychyliła się i podtrzymuje stanowisko wyrażone w wyroku KIO o sygn. akt: KIO 2123/20, dotyczące ofert podwykonawców załączonych do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, stwierdzając, że oferty podwykonawców mogą stanowić wartość gospodarczą, jak w tym stanie faktycznym. Nadto, sami podwykonawcy zawarli w przekazanych Przystępującemu dokumentach klauzulę poufności (zał. 12.1, 12.2, 13.1, 13.2, 14.1, 14.2). Inaczej mówiąc warunkują oni zaangażowanie w przedsięwzięciu pod warunkiem zachowania w tajemnicy udostępnionych Wykonawcy usług i dostaw. Z tych też względów Izba nakazała anonimizację odtajnionych załączników nr 12.6, 13.5 i 14.5, jak i listy załączników do wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Odnosnie pozwolenia na przetworzenie odpadów, Izba nie nakazywała jego odtajnienia, gdyż dotyczy ono podwykonawcy (jak de facto przyznał Przystępujący w swoim piśmie procesowym). W ocenie Izby, jakakolwiek próba anonimizacji i tak mogłaby doprowadzić w sposób pośredni (region, nr) do ujawnienia nazwy i danych podwykonawcy.

Izba generalnie podziela stanowisko Przystępującego, że dobór określonych podwykonawców, stanowi swoiste know-how Przystępującego, co do tego jak zamierza zrealizować zamówienie (z powodów na które także wskazuje orzecznictwo przywołane powyżej). Z podobnych względów Izba uznaje za tajemnicę przedsiębiorstwa przedstawione wyliczenia jako elementy ofert podwykonawców. W tym kontekście Izba wskazuje na wyrok SO w Katowicach, sygn. akt: XIX Ga 167/07: „zarówno metoda kalkulacji ceny, jak i konkretne dane cenotwórcze ujawnione przez wykonawcę na żądanie zamawiającego dla sprawdzenia, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami, również tymi uczestniczącymi w przetargu” (też w wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2602/13). Z kolei w wyroku SO w Poznaniu z 19.03.2015r., sygn. akt: X Ga 76/15, zwrócono uwagę, że celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, a jednym ze sposobów na osiągnięcie tego celu jest wypracowywanie odpowiednich, racjonalnych zasad kalkulacji cen ofertowych. W ocenie Sądu: „sposób postępowania, by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorcy i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. 1 i rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 87 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (...) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w

wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności”. Nadto, Izba w innym wyroku wskazała, że: „Sposób kalkulacji ceny oferty, przyjęte założenia, metodologia, warunki współpracy z dostawcami, sposób wykonywania tych usług stanowi wartość gospodarczą. Zapoznanie się z metodami ustalania kosztów, planowania zysków, doбором właściwych rozwiązań technicznych może zagrozić pozycji konkurencyjnej wykonawcy w przyszłości” (wyrok KIO z 28.12.2021 r., sygn. akt: KIO 3513/21).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu od trzeciego do siódmego, Izba odstąpiła od ich rozpoznania, gdyż są to zarzuty ewentualne. Wobec częściowego uwzględnienia zarzutów pierwszego i drugiego, Izba nie chce zamykać Odwołującemu drogi do skargenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej Przystępującemu.

Izba w tym zakresie w pełni podzieliła i uznała za własne stanowisko wyrażone w podobnym stanie faktycznym, zwłaszcza uchwałą SN, jak rozpatrywane w ramach wyroku KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 260/19: „Ze względu na stwierdzenie Odwołującego zarówno w treści odwołania jak i na rozprawie w KIO, iż kolejny zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego jest zarzutem ewentualnym Izba uznając zasadność dopuszczalności takiego formułowania zarzutów odstąpiła od rozpoznawania zarzutu rażąco niskiej ceny oferty (por. Uchwała SN z 18.10.2013 r. (III CZP 58/13,). Podkreślić należy, że Odwołujący – w związku z nieznaną wyjaśnień – sformułował ten zarzut jako zarzut ewentualny, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień, zaznaczając, że nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki z uwagi na nieznaną wyjaśnień tego dokumentu. Wobec uwzględnienia zarzutu głównego zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Odnosząc się do tego stanowiska, podkreślenia wymaga kwestia, że to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główny oraz – na wypadek jego nieuwzględnienia – zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieuwzględnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta (w rozpoznawanej sprawie – wyjaśnień dotyczących ceny), sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest 34 działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny

charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.” (za wyrokiem KIO z 11.07.2019 r., sygn. akt: KIO 1190/19).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Odwołanie okazało się zasadne w zakresie częściowo dwóch pierwszych zarzutów, a podlegało oddaleniu w zakresie także częściowo dwóch pierwszych zarzutów. Inaczej mówiąc w niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/2 i chybione w stosunku 1/2. Kosztami postępowania w części 1/2 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/2 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 23.600,00 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 0 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11.800,00 zł. ($23.600,00 \text{ zł} \div 2 = 11.800,00$).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600,00 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11.800,00 zł ($23\ 600$

$\text{zł} \div 2 = 11.800,00 \text{ zł}$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11.800,00 zł ($23.600,00 - 11.800,00$), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 11.800,00 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający ($0 + 11.800,00 = 11.800,00$).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: