Sygn. akt: KIO 3604/24

WYROK

z dnia 24 października 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Justyna Tomkowska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 października 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**2 października 2024 roku** przez wykonawcę **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Pruszkowie (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu**
przy udziale **Przystępującego – wykonawcy Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego z 26 lipca 2024 roku i 10 września 2024 roku
w całości, wraz z załącznikami i uzasadnieniem zastrzeżenia informacji,
2.kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu**w następujący sposób**:**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Odwołującego** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od Zamawiającego – **Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu**
na rzecz Odwołującego – **STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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**.

Przewodnicząca:

……

KIO 3604/24

UZASADNIENIE

Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji na zadanie pn.: POPRAWA STANU TECHNICZNEGO DROGI WOJEWÓDZKIEJ nr 324 GÓRA - NIECHLÓW od km 6+115 do km 21+650 odcinkami o długości 4310 m. Data ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: 14.06.2024r., nr 2024/BZP00367041101.
Dnia 2 października 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie w postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1) i 2) oraz art. 514 ust. 1, art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej jako „ustawa Pzp") ,złożył wykonawca STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący"). Odwołanie złożono w postępowaniu o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

Kopię odwołania prawidłowo przekazano Zamawiającemu. W dniu 27.09.2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej, zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek

Odwołanie złożono na czynności Zamawiającego polegające na:
1) zaniechaniu udostępnienia i ujawnienia (odtajnienia) całej treści pisma Berger Bau Polska Sp. z o.o. (zwany w dalszej części „Berger Bau" lub „Wykonawca") z dnia 26.07.2024 r. (w tym części III tego pisma stanowiącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny) oraz załączników do pisma, pomimo że Berger Bau bezskutecznie zastrzegł treść pisma oraz dokumenty do niego załączone jako tajemnicę przedsiębiorstwa;

2) zaniechaniu udostępnienia i ujawnienia (odtajnienia) całej treści pisma Wykonawcy z dnia 10.09.2024 roku oraz załączników do pisma, pomimo że Berger Bau bezskutecznie zastrzegł treść pisma oraz dokumenty do niego załączone jako tajemnica przedsiębiorstwa;
3) zaniechaniu odrzucenia oferty Berger Bau, w sytuacji gdy wskazany Wykonawca wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie przedstawił wyjaśnień w żądanym przez Zamawiającego zakresie, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty nie jest rażąco niska,
3) zaniechaniu odrzucenia oferty Berger Bau, w sytuacji w której wskazany Wykonawca
w wyniku wezwania Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w szczególności zakresie istotnej części składowej, tj. pozycji 13 kosztorysu, nie udowodnił, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest rażąco niska;
4) dokonaniu wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej w sposób nietransparentny,
w warunkach uniemożliwiających weryfikację prawidłowości czynności Zamawiającego przez pozostałych uczestników postępowania i z naruszeniem zasady jawności.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1) art. 18 ust. 1 - 3, art. 74 ust. 2 pkt 1) oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy 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 „uznku"), polegające na:
a)błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez Berger Bau jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 26.07.2024 r. oraz załączników do pisma i uznania, że zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,
b)nieuzasadnionym nie udostępnieniu Odwołującemu pisma Berger Bau z dnia 26.07.2024 r. z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny i ograniczeniu się w tym względzie jedynie do przekazania pierwszej strony pisma,
c)błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez Berger Bau jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie z dnia 10.09.2024 r. oraz załączników do pisma i uznania, że zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,
d)nieuzasadnionym nie udostępnieniu Odwołującemu pisma Berger Bau z dnia 10.09.2024 r., z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji 13 kosztorysu, tj. bez danych zawartych w części II wskazanych wyjaśnień oraz załącznikach do pisma, w których Berger Bau podał informacje na temat wysokości czynników cenotwórczych przyjętych do kalkulacji, wysokości narzutu oraz cen zaoferowanych przez podwykonawców, które miały uzasadniać rynkowość zaoferowanej przez Berger Bau ceny, i w następstwie tego
e)zaniechanie ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie Berger Bau z dnia 26.07.2024 r. oraz dokumentów załączonych do tego pisma, w sytuacji gdy Berger Bau bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa,
a Zamawiający nie był uprawniony do nie udostępnienia Odwołującemu pisma i załączników jako elementu oferty Wykonawcy;
f)zaniechanie ujawnienia pełnej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny zawartych w piśmie Berger Bau z dnia 10.09.2024 roku r. oraz dokumentów załączonych do tego pisma, w sytuacji gdy Berger Bau bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia Odwołującemu ww. pisma i załączników jako elementu oferty Wykonawcy;
g)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 Berger Bau 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) ustawy Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau 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.

Odwołujący w charakterze <u>zarzutów ewentualnych</u> zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
3)art. 224 ust. 4 i 5 ustawy Pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawionych w piśmie z dnia 10.09.2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów i uznanie, że Berger Bau udzielił odpowiedzi zgodnej z oczekiwaniem Zamawiającego, tj. udzielił dodatkowych wyjaśnień ceny oferty, a tym samym, że obalił domniemanie rażąco niskiej ceny,
4)art. 224 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Berger Bau w sytuacji, gdy Berger Bau nie przedstawił w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z dnia 10.09.2024 roku żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów na wykazanie, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, co skutkować powinno stwierdzeniem, że Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny,
5)art. 224 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Berger Bau

w sytuacji, gdy istotna część składowa ceny oferty Wykonawcy (cena jednostkowa z poz. 13 kosztorysu) jest rażąco niska a wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Berger Bau w piśmie z dnia 10.09.2024 r. nie uzasadniają rynkowości wskazanej ceny,

6)art. 224 ust. 4 i 5 pzp polegające na błędnej ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przedstawionych w piśmie z dnia 10.09.2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów i uznanie, że Berger Bau uczynił za dość obowiązkowi dowiedzenia, że istotna część składowa oferty nie zawiera rażąco niskiej ceny;

7)art. 226 ust. 1 pkt 7) pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Berger Bau w sytuacji, gdy oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku,

8)art. 239 ust. 1 pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Berger Bau w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG,

a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku odrzucenia oferty Berger Bau;

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

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Berger Bau, jako oferty najkorzystniejszej;

2)ujawnienie całej treści pisma Berger Bau z dnia 26.07.2024 r., w tym złożonych przez Berger Bau w piśmie wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do pisma;

3)ujawnienie całej treści pisma Wykonawcy z dnia 10.09.2024 roku, oraz załączników do pisma;

4)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców;

w przypadku nieuwzględnienia zarzutów pkt 1 i 2. - uwzględnienia zarzutów ewentualnych sformułowanych w pkt 3 - 7. Odwołujący wnosił o:

5)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Berger Bau, jako oferty najkorzystniejszej,

6)odrzucenie oferty Berger Bau z powodu rażąco niskiej ceny;

7)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców z wyłączeniem oferty Berger Bau.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Jest wykonawcą biorącym udział
w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu
w rankingu. Złożona przez Berger Bau oferta za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna stanowić przedmiot wnikliwej oceny z punktu możliwości wykonania zamówienia na warunkach nią przewidzianych, gdyż jest rażąco zaniżona. STRABAG nie wyklucza na tym etapie, że oferta Berger Bau, sklasyfikowana przed ofertą Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż zawiera ona rażąco niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wówczas oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Aktualnie ze względu na ograniczenie przez Zamawiającego dostępu Odwołującemu do dokumentów postępowania wynikające z naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp oraz bezrefleksyjnego zaaprobowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Berger Bau, STRABAG został pozbawiony prawa do weryfikacji prawidłowości ofert i wyjaśnień składanych przez konkurencję,.

Jednocześnie ogólnikowość wyjaśnień istotnej części składowej ceny poz. nr 13, oraz fakt nie przedstawienia w tychże wyjaśnieniach żadnych dodatkowych informacji i dowodów
w zakresie wyjaśnienia całej ceny oferty, uzasadnia stwierdzenie, że Berger Bau nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny i nie wykazał, że cena za wykonanie robót określonych we wskazanej pozycji kosztorysowej, jak też całkowita cena nie jest rażąco niska.

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono, że zgodnie z pkt. 13.3. SWZ ofertę sporządza się na interaktywnym formularzu ofertowym i wraz z nią należy złożyć m.in. kosztorys ofertowy zgodnie z załącznikiem do SWZ.

Zamawiający w dniu 15.07.2024 r. dokonał otwarcia ofert. Najniższą cenę w wysokości 10.751.986,29 PLN brutto zaoferował Berger Bau. Cena oferty Berger Bau wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, który pismem z dnia 23.07.2024 r. wezwał Berger Bau w trybie art. 224 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Berger Bau złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pismem z dnia 26.07.2024 r. dołączając do niego dowody, a także zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy informacje zawarte w treści pisma, w tym w szczególności w pkt III pisma oraz dołączonych do niego załączników.

W dniu 21.08.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej. STRABAG wystąpił do Zamawiającego 21.08.2024 r. z wnioskiem m.in.
o udostępnienie korespondencji pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym w zakresie wezwania do wyjaśnień. W odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający udostępnił STRABAG:

- ofertę Berger Bau;
- wezwanie z dnia 23.07.2024 r. wystosowane przez Zamawiającego do Berger Bau do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej

ceny;
- pierwszą stronę Wyjaśnień Berger Bau, bez dalszych stron, ani tym bardziej dokumentów załączonych do tego pisma.

W związku z powyższym, w dniu 26.09.2024 roku STRABAG wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa zamówień publicznych: art. 18 ust. 1 - 3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 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").

Konsekwencją odwołania, było unieważnienie dnia 30.08.2024 roku przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Berger Bau oraz poinformowanie o przystąpieniu do powtórnej oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze wywołane odwołaniem.

Następnie, pismem datowanym na 02.09.2024 roku, Zamawiający wezwał Berger Bau do dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, których Berger Bau udzielił w dniu 10.09.2024 roku. W dniu 11.09.2024 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu wskazane wyjaśnienia w niepełnej wersji. Konsekwencją powyższego było skierowanie przez Odwołującego do Zamawiającego pisma z dnia 12.09.2024 roku, w którym Odwołujący wniósł o:
a.o odtajnienie w całości i przekazanie pełnej treści pisma Berger Bau z dnia 10.09.2024 roku oraz o odtajnienie w całości i przekazanie STRABAG wszystkich załączników do przedmiotowego pisma,
b.odtajnienie i udostępnienie STRABAG pełnej treści pisma Berger Bau z dnia 26.07.2024 roku wraz z wszystkimi załącznikami — podkreślenia bowiem wymaga, że pomimo unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku odwołania i przystąpienia do ponownej oceny oferty, Zamawiający „milczał" w zakresie wyników ponownej oceny wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa, co jednoznacznie wskazywało na to, że Zamawiający w dalszym ciągu bada ofertę Berger Bau we wskazanym zakresie,

W dniu 27.09.2024 roku, Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau. Pismem z dnia 01.10.2024 roku, Zamawiający, udzielił odpowiedzi na wniosek wykonawcy o odtajnienie dokumentów, wskazując w nim, że Berger Bau nie wyraża zgody na odtajnienie wskazanych pism.

<u>Nieodtajnienie i nieudostępnienie treści wyjaśnień rażąco niskie ceny z dnia 26.07.2024 roku</u>

Udostępniony Odwołującemu zakres wyjaśnień Berger Bau to tylko pierwsza strona tego pisma. Obejmuje jedynie część wniosku, czy też uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i „urywa się" na cytacie ze stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych.

W ramach udostępnionego fragmentu Berger Bau zdaje się zastrzegać jako tajemnicę przedsiębiorstwa całość Wyjaśnień, o czym stanowi oświadczenie zawarte w treści pisma,
w tym w szczególności w pkt III pisma oraz dołączonych do niego załączników i powołanie się na rzekomą trudność w oddzieleniu informacji jawnych od objętych tajemnicą.

W kolejnym akapicie Berger Bau jedynie przytacza treść art. 18 ust. 1 i 3 pzp. Ostatni akapit to „urwany" cytat z Urzędu Zamówień Publicznych, którego źródła i całego znaczenia nie można zdekodować ze względu na sposób i zakres, w jakim Zamawiający zdecydował się udostępnić treść Wyjaśnień STRABAG.

Oprócz zasadniczych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników do Wyjaśnień de facto doszło również do utajnienia przed Odwołującym części uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa — ten fragment nie został bowiem w całości udostępniony.
Co więcej, opierając się na tym fragmentarycznie udostępnionym stanowisku, należy z dużą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że utajniono (i to bezpodstawnie) także te fragmenty Wyjaśnień, które takiemu działaniu nie podlegają, jak np. orzecznictwo Izby.

Taki sposób utajnienia dokumentów jest w ocenie STRABAG niedopuszczalny
i nieskuteczny. Zaaprobowanie takiego działania przez Zamawiającego i fragmentaryczne udostępnienie wyłącznie pierwszej strony Wyjaśnień jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1) pzp zamawiający udostępnia oferty wraz z załącznikami niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. zdanie drugie Pzp, przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

W orzecznictwie Izby podkreśla się, że *„wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są integralną częścią oferty w znaczeniu szerokim. Oferta w znaczeniu wąskim to oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy (art. 66 par. 1 Kodeksu cywilnego). W zamówieniach publicznych przyjmuje się, że jest to oświadczenie wykonawcy o zakresie świadczenia i jego cenie, zawarte w formularzu ofertowym. Jednak w zamówieniach publicznych przyjęto koncepcję oferty sensu largo — „to wszystkie oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę". W konsekwencji wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien ujawnić wykonawcom w takim trybie, jak ofertę, a nie jak inne załączniki do protokołu postępowania".* STRABAG uważa więc, że Zamawiający miał obowiązek udostępnić mu całą treść wyjaśnień (po uprzedniej, rzetelnej ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy

przez Berger Bau), a nie jedynie wycinek w postaci pierwszej strony.

W Wyjaśnieniach zastrzeżono całą treść począwszy od strony 2 tego pisma, a więc również zasadnicze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, które rzekomo zawarte są w III części Wyjaśnień oraz wszystkie załączniki do pisma. Skala zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ograniczenie dostępu do tej korespondencji przez Zamawiającego są na tyle szerokie, iż uniemożliwiają nawet zweryfikowanie czy Wyjaśnienia korespondują z treścią wezwania Zamawiającego. 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.
W ocenie STRABAG takiego rodzaju praktyka jest niedopuszczalna i niezrozumiałym jest,
że Zamawiający dał na to przyzwolenie.

Zastrzeżone są nie tylko całe dowody (dokumenty) i całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale utajniono również część samego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołującemu w zakresie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa udostępniono niecałe 3 krótkie akapity, których treść wskazuje, że nie jest to całość uzasadnienia. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby *„uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, bowiem służy ono weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przekazywanych informacji”* (wyrok z dnia 31.01.2024 r., sygn. KIO 101/24).

Brak udostępnienia przez Zamawiającego pełnej treści części I Wyjaśnień (która jak wynika z kontekstu ma stanowić uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa) stanowi naruszenie art. 18 ust. 1 —3 pzp i art. 74 ust. 2 pkt 1) pzp.

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 jawności, a dopuszczone przez ustawodawcę wyjątki należy traktować w sposób ścisły. Zastrzeżenie dokumentów w całości przeczy wskazywanej w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych zasadzie minimalizacji zastrzegania jak najmniejszej możliwej objętości tekstu dokumentów i tylko tego tekstu, którego zastrzeżenie rzeczywiście jest uzasadnione.

Działanie Berger Bau 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 w tym orzeczeniu wskazał, że: *„w odniesieniu do opisanej 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,C 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, 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, pkt124, 125)".

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 nie jest równoważne z pojęciem „oświadczenia", czy „deklarowania". Wykonawca chcący skorzystać w odniesieniu do danych informacji z zastrzeżenia, musi więc udowodnić, że w stosunku do tych informacji ziściły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 znku. Takiego wniosku nie można natomiast wysnuć po lekturze udostępnionego fragmentu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Berger Bau. Zamawiający nie miał podstaw,
aby ograniczyć Odwołującemu dostęp do całości Wyjaśnień.

Nie jest wystarczające oświadczenie Berger Bau w pierwszym akapicie części I Wyjaśnień, iż cała treść wyjaśnień i cała treść dokumentów stanowiących załączniki do Wyjaśnień stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Berger Bau. Próba zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w tej sprawie wynika z subiektywnego przekonania, że całe wyjaśnienia
i dokumenty stanowią wartość gospodarczą wymagającą ochrony, której nie sposób rozdzielić na część jawną i tajną. Pójście tym tokiem rozumowania oznaczałoby, że nawet najmniejsza informacja, która wedle własnego uznania danego wykonawcy jest poufną, dawałaby mu prawo szerokiego zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa i stosunkowo swobodnego ingerowania w zasadę jawności przewidzianą przepisami Pzp.

W udostępnionym fragmencie Wyjaśnień Wykonawca przytacza ogólnikowo treść przepisów art. 18 ust. 1 i 3 pzp dotyczących zasady jawności i przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. 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, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej
z przepisu art. 11 u.z.n.k. czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa (tak wyrok z dnia 06.02.2024 r., sygn. KIO 190/24).

W udostępnionym fragmencie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma żadnej konkretnej argumentacji przemawiającej za ochroną treści Wyjaśnień w takim stopniu, który zastosował Zamawiający limitując Odwołującemu dostęp do dokumentacji.

Wymogów stawianych skutecznemu zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa nie spełnia argumentacja o konieczności objęcia tajemnicą całości wyjaśnień i dokumentów ze względu na ich rzekomą „spójną całość". 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 Wyjaśnieniach próżno szukać takiej argumentacji poza ogólnikowym powołaniem się na orzeczenie Izby w sprawie KIO 1894/15. Orzeczenie w realiach tego postępowania jest nieadekwatne, gdyż dotyczyło utajniania wyjaśnień ofert składanych
w przetargu na realizację inwestycji w formule „projektuj i buduj", gdzie realizacja, a więc również i wycena robót oparte są na własnych koncepcjach wykonawcy.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów determinuje również nieprawidłowość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a tym samym obrazę przepisów art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) pzp. Wybór oferty Berger Bau nastąpił w sposób nietransparentny
i dyskryminujący pozostałych wykonawców.

Wskazane zarzuty stanowiły również podstawę odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 26.08.2024 roku, w wyniku którego Zamawiający unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Berger Bau i wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia pozycji 13 kosztorysu. Zamawiający nie odtajnił jednak i nie przekazał Odwołującemu treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 26.07.2024 roku, pomimo że w dniu 11.09.2024 roku przekazał STRABAG treść wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 10.09.2024 roku w szerszym zakresie niż wyjaśnień z dnia 26.07.2024 roku.

W ocenie Odwołującego świadczy to o niekonsekwentnym podejściu Zamawiającego do kwestii odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć podkreślenia wymaga, że obu przypadkach Zamawiający postąpił w sposób nieprawidłowy, nie odtajniając całej treści wyjaśnień i załączników.

<u>Zarzuty dotyczące nieodtajnienia i nieudostępnienia przez Zamawiającego treści wyjaśnień rażąco niskie ceny z dnia 10.09.2024 roku</u>

Odmiennie niż w przypadku treści wyjaśnień z dnia 26.07.2024 roku, Zamawiający

w przypadku pisma z dnia 10.09.2024 roku przekazał treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnoszącego się do wskazanych wyjaśnień, Odwołujący miał szansę zapoznania się treścią argumentów przytoczonych przez Berger Bau, których analiza pozwala stwierdzić, że Zamawiający na ich podstawie powinien odtajnić całą treść wyjaśnień Wykonawcy z dnia 10.09.2024 roku. Tymczasem Zamawiający postanowił nie odtajnić wszystkich danych zawartych w wyjaśnieniach oraz załącznikach do wyjaśnień, gdzie wskazane zostało dane liczbowe (wysokość czynników cenotwórczych), czyli de facto wszelkie informacje pozwalające na ocenę rzetelności i prawidłowości przedmiotowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pomimo, że Berger Bau nie dokonał skutecznego zastrzeżenia ich jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Na gruncie przepisu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymagane jest łączne spełnienie trzech przesłanek aby uznać informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. informacja powinna być niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży i posiadać wartość gospodarczą oraz być poddana odpowiednim działaniom w celu zachowania stanu poufności. Berger Bau nie wykazał spełnienia wskazanych przesłanek. Wykonawca przedstawił wraz z pismem z dnia 10.09.2024 r. uzasadnienie zastrzeżenia, które sprowadza się do przytoczenia ogólnych sformułowań
i orzeczeń KIO na ich poparcie, a także złożenia w nim jedynie deklaracji, że określony stan ma miejsce, bez poparcia tego jakimikolwiek dowodami.

W zakresie odnoszącym się do wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, Berger Bau wskazał jedynie, że:
a.Oferty kontrahentów są wynikiem indywidualnych ustaleń wykonawcy. Zawarte tam informacje dotyczące zaproponowanych kwot, cen zaoferowanych na poszczególne materiały, czy usługi, jak i zasad współpracy niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie
z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.
b.Tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy objęte są wyliczenia i dane przyjęte na potrzeby przedstawionej oferty, gdyż dane te wskazane w kalkulacji szczegółowej stanowią wyraz unikalnej metodologii kalkulacji ceny ofertowej.
c.Przyjęta strategia kalkulacji ofertowej jest wynikiem wieloletniego doświadczenia
w kalkulowaniu cen ofertowych i ma ona charakter uniwersalny, stosowany w kolejnych postępowaniach i stanowi jego know - how.

W zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy ofert kontrahentów, podkreślenia wymaga, że Berger Bau w żaden sposób nie wykazał, na czym faktycznie polega unikatowość danych zawartych w tych dokumentach, z których miałaby wynikać przewaga konkurencyjna Berger Bau. Wykonawca podkreśla w tym względzie znaczenie warunków finansowych widniejących w tych ofertach. Fakt, że oferty podwykonawców są wynikiem długotrwałej relacji i mają rzekomo indywidualny charakter samo w sobie nie jest wystarczające (tak wyrok KIO z dnia 19.02.2024 r., sygn. KIO 223/24). Berger Bau w piśmie z dnia 10.09.2024 r. nie zawarł żadnej pogłębionej argumentacji obrazującej faktyczny wpływ relacji handlowych na korzystne upusty i warunki cenowe.

Berger Bau starając się przeforsować zastrzeżenie tajemnicy w oczekiwanym kształcie 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 Barger Bau. Taka argumentacja przejaskrawiająca skutki upublicznienia ofert, które uzyskuje dany wykonawca od swoich kontrahentów, spotkała się z krytyką ze strony Izby - wyrok z dnia 15.05.2023 r., sygn. KIO 1195/23. Czym innym jest informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie.

W kontekście zastrzeżenia w tajemnicy treści ofert podwykonawców, które stanowią załączniki do pisma z dnia 10.09.2024 roku, warto również zauważyć, że w tym zakresie nie mamy do czynienia z żadnymi specyficznymi robotami i unikalnym know-how.

Zupełnie bezpodstawny jest również fragment uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym Berger Bau, wskazuje, że utajnienie ofert podwykonawców podyktowane jest rzekomym doświadczeniem tego Wykonawcy w zakresie braku możliwości, czy też umiejętności pozyskania przez innych Wykonawców tak atrakcyjnych cenowo podwykonawców. Wskazane stwierdzenie, nie poparte zostało jakimikolwiek dowodowymi.
Co więcej jest ono całkowicie bezpodstawne, gdyż mając na względzie wyniki postępowań przetargowych każdy z Wykonawców robót (w tym w szczególności w zakresie dużych firm budowlanych) jest w stanie zbudować sobie własną strategię cenową — w tym opartą na relacjach z podwykonawcami — na podstawie której w stanie pozyskać zamówienie.
Gdyby było tak jak twierdzi Berger Bau, żaden z jego konkurentów, nie byłby w stanie pozyskać zamówienia publicznego w sytuacji, w której w postępowaniu uczestniczyłby Berger Bau — co oczywiście nie ma i nie miało miejsca — przynajmniej Berger Bau owej okoliczności nie udowodnił.

Analogiczne uwagi dotyczą zastrzeżenia jako tajemnicy szczegółowych wyliczeń, czy też bliżej niesprecyzowanych reguł kalkulacji cen ofertowych. Berger Bau wskazał, że kosztorys szczegółowy stanowi wyraz unikalnej metodologii kalkulacji ceny ofertowej. Przyjęta zaś strategia kalkulacji ofertowej jest wynikiem wieloletniego doświadczenia Berger Bau
w kalkulowaniu cen ofertowych i ma ona charakter uniwersalny, stosowany w kolejnych postępowaniach i stanowi jego know how.

Berger Bau nie wyjaśnił w żadnej mierze, jak też nie udowodnił, na czym konkretnie miałaby polegać unikatowość owej kalkulacji i w czym konkretnie Berger Bau upatruje możliwości wystąpienia szkody, gdyby faktycznie konkurencyjne firmy miały możliwość zapoznania się z owa kalkulacją.

Odwołujący miał możliwość zapoznania się z „konstrukcją" owej kalkulacji szczegółowej załączonej do wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku — gdyż została ona w części przez Zamawiającego odtajniona — i na tej podstawie można z pełnym przekonanie stwierdzić, że jest to standardowy sposób kalkulacji ceny jednostkowej. W rezultacie, takiego rodzaju kosztorys nie stanowi 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. Prawdopodobieństwo wykorzystania opracowanych w tym postępowaniu wyjaśnień i kalkulacji na potrzeby innych przetargów jest zdecydowanie mniej prawdopodobne niż to, że taka sytuacja nie będzie mieć miejsca.

Berger Bau nie wykazał również pozostałych przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk w zakresie skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy wymaga również wykazania podjęcia działań zmierzających do ochrony danej informacji jako poufnej. Dla wykazania tej przesłanki nie można poprzestać na ogólnych zapewnieniach i twierdzeniach. Berger Bau zaś wprawdzie kategorycznie, lecz bez potwierdzenia w postaci jakichkolwiek dowodów, twierdzi, że wyjaśnienia i załączone do pisma Berger Bau dokumenty nie są publicznie ujawniane.

Argumentacja Berger Bau sprowadza się do zapewnień, że:

a.Berger Bau nigdzie nie ujawnia, ani nie publikuje zastrzeżonych informacji,

b.Wykonawca stosuje ograniczenia organizacyjne.

Przedmiotowa argumentacja jest argumentacją bardzo ogólną, do której odwołać może się w zasadzie każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniach. 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"*.

Jedynym dowodem przedstawionym przez Beger Bau w zakresie podjęcia działań
w zakresie zachowania danych w poufności jest wzór umowy o pracę z klauzulą poufności, którego w żaden sposób nie można potraktować jako dowodu w sprawie. Wskazany dokument stanowi jedynie draft (wzór dokumentu) — nie sposób zweryfikować, czy ów wzór umowy jest faktycznie stosowany w przedsiębiorstwie Berger Bau. Tym samym nie jest możliwa weryfikacja oświadczeń Wykonawcy, iż faktycznie podjął działania w celu zachowanie informacji wskazanych w wyjaśnieniach w poufności.

Lektura całości uzasadnienia Berger Bau w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku i załączonych do nich dokumentów, prowadzi do wniosku, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia należytej kontroli zastrzeżenia przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie ujawnienia całej treści wyjaśnień i całej treści załączonych dokumentów stanowi naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskutek swoich zaniedbań na etapie oceny zastrzeżenia przez Berger Bau 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 Berger Bau wywiązał się z ciężaru dowodzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

<u>Stanowisko Odwołującego względem pisma Zamawiającego z dnia 01.10.2024 roku</u>

W uzupełnieniu argumentacji dotyczącej dokonania przez Zamawiającego niewłaściwej oceny skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w pismach z dnia 26.07.2024 roku i z dnia 10.09.2024 roku, podać należy stwierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o odtajnienie i przekazanie wskazanych dokumentów w pełnej wersji.

Zgodnie z odpowiedzią pochodzącą z dnia 01.10.2024 roku, Zamawiający wskazał, że Berger Bau S.A. nie wyraża zgody na odtajnienie wskazanych wyżej pism. W konsekwencji do dnia złożenia odwołania, Zamawiający nie

odtajnił j nie przekazał dokumentów Berger Bau, we wnioskowanym zakresie. Powyższe „uzasadnienie" zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia przedmiotowych dokumentów potwierdza niezbicie, że Zamawiający nie dokonał rzetelnego zbadania treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w obu wyjaśnieniach jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Badanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek Zamawiającego. W każdej sytuacji, gdy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane nieprawidłowo Zamawiający zobowiązany jest do odtajnienia tych informacji, bez wzywania Wykonawcy do dalszych wyjaśnień (wyrok KIO z dnia 21.11.2019 roku, KIO 2263/19). Zgodnie m.in. z wyrokiem KIO z dnia 24.02.2023 roku, sygn. akt: KIO 374/23 — nie jest rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

KIO wielokrotnie wyrażała dezaprobatę wobec bezkrytycznego przyjmowania przez zamawiających zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zwłaszcza gdy Wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji, co ewidentnie służyć ma wyłącznie utrudnieniu konkurencyjnym wykonawcom weryfikacji jego oferty (wyrok KIO z dnia 07.04.2023 roku, KIO 808/23).

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego o nie odtajnieniu pełnej treści wyjaśnień z dnia 26.07.2024 roku oraz wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku jest nieprawidłowe i świadczy
o zaniechaniu przeprowadzenia rzetelnej oceny zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w wyjaśnieniach Berger Bau. Zamawiający nie przedstawił bowiem żadnej szerszej argumentacji, która wedle jego oceny przemawia za tym, że przedmiotowe wyjaśnienia powinny zostać utajnione.

Treść pisma Zamawiającego z dnia 01.10.2024 roku, prowadzi do wniosku,
że wystarczające jest dla utajnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, samo nie wyrażenie zgody przez Wykonawcę na ich odtajnienie, co jest oczywiście sprzeczne z treścią art. art. 18 ust. 1 -n3 pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1) p.z.p. oraz art. 16 pkt 1) i 2) pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznku. Wykonawca zobowiązany jest odpowiednio uzasadnić oraz udowodnić konieczność zachowania określonych informacji w poufności. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest ocena, czy owe uzasadnienie jest prawidłowe, rzetelne, kompletne,
a załączone dowody wykazują spełnienie wszystkich przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Decydentem w sprawie pozostawienia danych informacji poufnymi jest zamawiający jako gospodarz postępowania, nie zaś Wykonawca, którego dane informacje dotyczą. Tymczasem Zamawiający w postępowaniu zdaje się uznawać, że ową decyzję powinien podejmować Wykonawca, co jest stwierdzeniem całkowicie nieuprawnionym i sprzecznym z Pzp.

<u>Zarzuty ewentualne dot. niewywiązania się przez Berger Bau z obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny złożonej oferty</u>

Odwołujący ponownie podkreślił, że zarzuty z pkt 3 i 4 stanowią zarzuty ewentualne — ich rozpatrzenie uzależnione jest od stanowiska Izby w przedmiocie zarzutów głównych zawartych w pkt 1 i 2 odwołania. Zarzuty ewentualne odnoszą się wyłącznie do nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego treści wyjaśnień Berger Bau z dnia 10.09.2024 roku, z tego względu, że Odwołujący nie dysponuje nawet szczątkową treścią wyjaśnień Wykonawcy
z dnia 26.07.2024 roku. Stąd o ile w przypadku wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku możliwe jest postawienie wskazanych zarzutów (choć w uwagi na utajnienie wszystkich danych liczbowych przedstawionych w wyjaśnieniach, stawiane są one z daleko posuniętej ostrożności procesowej), o tyle w przypadku wyjaśnień z dnia 26.07.2024 roku, takiej możliwości Odwołujący w ogóle nie ma.

Oceniając wyjaśnienia ceny Berger Bau z dnia 10.09.2024 roku, wskazać należy, że zakres dodatkowych wyjaśnień oczekiwanych przez Zamawiającego przedstawiał się następująco: *„W związku ze złożonym w dniu 26.08.2024 r. odwołaniem wniesionym przez STRABAG Sp. z o.o. oraz w nawiązaniu do Państwa wyjaśnień, pismo nr WR/KD/PiSt/1342/2024 z dnia 26.07.2024 r., działając na podstawie ah. 224 ust. 1 ustawy
z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), ponieważ zaoferowana przez Państwa cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od Państwa dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części. tj.
w szczególności w zakresie sposobu skalkulowania pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego
i zaoferowanej ceny za wykonanie robót dotyczących wykonania stabilizacji gruntu cementem (Rm = 1,5 - 2,5 Mpa) - grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm".*

Nie budzi wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał od Berger Bau nie tylko szczegółowego wyjaśnienia pozycji nr

13 kosztorysu ofertowego ale również dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie całej ceny ofertowej. Zamawiający wskazał, że:
1)Zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego,
2)Zamawiający żąda dodatkowych wyjaśnień,
3)W tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części, tł. w szczególności w zakresie sposobu skalkulowania pozycji nr 13 kosztorysu ofertowego

Posłużenie się słowem „w szczególności" potwierdza, że Wykonawca był zobowiązany do wyjaśnienia pozycji nr 13 kosztorysu, niemniej zakres wyjaśnień, do których wezwany został Berger Bau nie ograniczał się wyłącznie do dodatkowych wyjaśnień wskazanej ceny pozycji kosztorysowej lecz do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie całej ceny ofertowej. Biorąc pod uwagę treść wezwania słuszne jest bowiem założenie, że Zamawiający kierując wezwanie, uznał, że wcześniejsze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i udzielone wyjaśnienia były niewystarczające, nie tylko w zakresie nie wyjaśnienia w nich sposobu skalkulowania poz. 13 kosztorysu.

Berger Bau, przedstawił wyjaśnienia z dnia 10.09.2024 roku, które ograniczały się wyłącznie do wyjaśnienia pozycji nr 13 kosztorysu, gdy tymczasem, treść wezwania jednoznacznie zdaniem Odwołującego wskazuje na to, że Zamawiający żądał dodatkowych wyjaśnień w zakresie całej ceny ofertowej.

Uzasadnione jest stwierdzenie, że Berger Bau nie udzielił w zakreślonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień o oczekiwanej przez Zamawiającego treści w zakresie rażąco niskiej ceny, albowiem przedstawił wyjaśnienia wyłącznie co do pozycji nr 13, co należy potraktować jako wyjaśnienia nie odpowiadające treści wezwania. Konsekwencją takiego stanu rzeczy powinno być stwierdzenie, że Wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny ofertowej, co skutkować powinno odrzuceniem oferty Berger Bau. Pozytywna ocena przedmiotowych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego, świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. 224 ust. 4, 5 i 6 Pzp.

Nawet gdyby możliwe było uznanie, że wezwaniem do udzielenia dodatkowych wyjaśnień objęte było wyłącznie wyjaśnienie ceny z poz. 13 kosztorysu, to owe wyjaśnienia — biorąc pod uwagę odtajnioną przez Zamawiającego część pisma, uznać należy za niewystarczające — nie obalające domniemania rażąco niskiej ceny zawartej we wskazanej pozycji kosztorysowej.

Pozycja nr 13 kosztorysu ofertowego to element zasadniczy dla prawidłowego wykonania podbudowy i podłoża drogi wojewódzkiej nr 324, której poprawa stanu technicznego jest przedmiotem inwestycji. Prace związane ze stabilizacją i zagęszczeniem gruntu przesądzają o powodzeniu wykonania dalszych warstw, a w następstwie tego również samej inwestycji, jaką jest remontowana droga. Znamiennym jest, że w tym względzie dokumentacja projektowa przewiduje odrębną szczegółową specyfikację techniczną
D — 04.05.01 a *„Podbudowa i podłoże ulepszone z mieszanki kruszywa związanego hydraulicznie cementem"*. Co więcej, pozycja nr 13 kosztorysu ofertowego obejmuje 29.308 m2, a więc w zasadzie cały obszar inwestycji, która ma zostać powierzona do wykonania
w ramach zamówienia publicznego. Jest to więc istotna pod kątem merytorycznym część świadczenia, które spełnić ma ramach umowy wykonawca robót.

Dodatkowego o tym, że wskazana pozycja kosztorysowa stanowi istotną część składową ceny w myśl art. 224 ust. 1 Pzp świadczy fakt uznania jej za takową przez Zamawiającego, który w wezwaniu w dnia 02.09.2024 roku, wyraźnie wskazał, że żąda również wyjaśnień sposobu wyliczenia istotnej część składowej ceny ofertowej, tj. pozycji nr 13. Wezwanie nie zostało zakwestionowane przez Berger Bau, stąd uznać należy, że cena jednostkowa z pozycji 13 dotycząca robót stanowi istotną część składową ceny oferty Berger Bau.

Wyjaśnienia dla pozycji nr 13 są zdaniem Odwołującego bardzo szczątkowe. Pismo Wykonawcy w przeważającej mierze dotyczy uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia ceny zawarte zostały na jednej stronie pisma, przy czym informacje, które można uznać za jakkolwiek odnoszące się do wyjaśnienia ceny zawarte zostały w kilku akapitach wskazanego pisma i przedstawiają się następująco:
„Cena jednostkowa pozycji nr 13 Kosztorysu ofertowego została przez nas skalkulowana zgodnie z przedstawioną w załączeniu szczegółową kalkulacją ceny jednostkowej (załącznik nr 1). Pragniemy nadmienić, że Nasza firma w opracowywaniu wycen pracuje na własnym programie kalkulacyjnym……a przedstawiona kalkulacja jest wydrukiem z tego programu.
Uzupełnieniem danych zawartych w kalkulacji szczegółowej jest dowód w postaci oferty na poszczególne składowe wyceny:
- oferta wewnętrzna firmy ……..
- ……...na wytworzenie……...(załącznik nr 2),
- oferta ……..na…….. (załącznik nr 3),
- oferty…….. (załącznik nr 4 i 5)".
Oferty stanowią dowód na to, że w swojej wycenie Wykonawca przyjął ceny dostępne dla niego na etapie przygotowywania

oferty. Ponadto Wykonawca oświadcza, że zgodnie
z wyjaśnieniami z pisma nr WR/KD/PiSV1342/2024 z dnia 26.07.2024 r. na tak przyjęte oferty został przewidziany przez nas łączny narzut w wysokości ……narzut który w istocie stanowić ma ……Wykonawcy na ewentualność zmiany cen poszczególnych asortymentów.

Zgodnie z przywołanym fragmentem, Berger Bau w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny przedstawił kalkulację szczegółową oraz oferty podwykonawców. Wobec utajnienia niemalże w całości wskazanych dokumentów, Odwołujący nie jest w stanie stwierdzić, jakich konkretnie asortymentów materiałów/robót one dotyczyły — za wyjątkiem pierwszej oferty datowanej na 02.07.2024 roku, która stanowiła załącznik do wyjaśnień. Niemniej w ocenie Odwołującego analiza treści wyjaśnień z dnia 10.09.2024 roku, pozwala stwierdzić, że w przedmiotowych wyjaśnieniach nie wskazane zostało i nie wyjaśnione w jaki sposób należy przypisać poszczególne oferty do cen wskazanych w kalkulacji szczegółowej, czy też które oferty zawierają się w poszczególnych pozycjach cenotwórczych. W ocenie Odwołującego wskazany brak uniemożliwiał analizę wskazanych wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny i świadczy o nieprawidłowym i niedostatecznym przygotowaniu wyjaśnień przez Wykonawcę.

Wykonawca nie przedstawił jakichkolwiek informacji na temat tego jaką wartość zysku zawarł w cenie jednostkowej, jak również jakie konkretnie składowe zawarte zostały
w nakładach na wskazaną pozycję. Tym samym w ocenie Odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia dawały wyłącznie ogólny obraz w zakresie skalkulowania ceny jednostkowej.

Pozostała treść pisma z dnia 10.09.2024 roku, w zakresie odnoszącym się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczy wykonanych przez Berger Bau w ostatnich latach inwestycji na rzecz Zamawiającego, co należy uznać za okoliczność zupełnie bezprzedmiotową dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. 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 wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Wszelkie zapewnienia Berger Bau
o możliwości wykonania robót za wskazaną cenę, z uwagi na wcześniej wykonane inwestycję uznać należy za informacje, które nie stanowią w żadnej mierze rzetelnych danych, które mogłyby stanowić uzasadnienia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący na bazie niewielkiej części ujawnionych przez Zamawiającego informacji zawartych w kalkulacji szczegółowej, w której Berger Bau wskazał poszczególne materiały, sprzęt i dane dotyczące robocizny, stwierdza, że biorąc pod uwagę ilości/wartości danych asortymentów wskazanych w kalkulacji, zasadne jest stwierdzenie, że same koszty robocizny pokryją niemal całą cenę jednostkową wskazaną w poz. 13 kosztorysu.

Berger Bau w ofercie przyjął cenę jednostkową dla pozycji nr 13 na poziomie 22,19 zł/m2, co daje 650.344,52 PLN netto za stabilizację gruntu na obszarze 29.308 m2, w sytuacji gdy ceny pozostałych oferentów za wykonanie tej pozycji wahały się od 1.085.861 PLN netto do 2.198.100,00 PLN netto. Dla porównania oferta STRABAG w tej części opiewała na kwotę 1.846.697,08 PLN netto.

Zgodnie z treścią kalkulacji szczegółowej pozycji nr 13, stanowiącej załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 10.09.2024 roku, Berger Bau przyjął w niej 2 r-g/m2 na wykonanie robót ujętych we wskazanej pozycji. Biorąc pod uwagę ilość robót w pozycji nr 13 tj. 29308 m2 otrzymujemy wartość 58 616 (r-g) co w przemnożeniu przez 28, 10 zł daję wartość 1 647 109, 60 zł. Wskazana wartość robocizny w podzieleniu przez ilość robót (29 308 m2) daję wartość 56,2 zł/m2. Dla przypomnienia wartość ceny jednostkowej całej pozycji nr 13 to kwota 22, 19 zł/m2. Zatem koszt samej robocizny przyjętej do kalkulacji ofertowej przewyższa wartość ceny jednostkowej za wykonanie robót z pozycji nr 13, a tym samym nie jest możliwe i realne aby Berger Bau ujął w cenie wszystkie niezbędne czynniki cenotwórcze, wszystkie koszty wykonania robót ujętych we wskazanej pozycji.

<u>Złożenie przez Berger Bau oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji</u>

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

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

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 . Na gruncie tego przepisu KIO w wyroku z dnia 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”*

Złożenie przez Berger Bau oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji sprowadza się do tego, że kosztorysie ofertowym stanowiącym immanentną część oferty przyjmował rażąco niskie koszty i ceny (poz. 13), czym jak wynika z zestawienia ofert zmierza do wykreowania przewagi cenowej nad konkurencją, którą w tym przypadku jest STRABAG.

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.

Po pierwsze złożenie przez Berger Bau oferty z uchybieniami jest działaniem podejmowanym w związku z działalnością gospodarczą.

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 dnia 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 . Stanowisko to znalazło odzwierciedlenie już w orzeczeniu Izby z dnia 06.02.2017 r., sygn. KIO 102/17.

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 dobrzmi obyczajami albo z nimi sprzecznego, co w konsekwencji przyczyni się do jego upowszechnienia bądź też odwrotnie do jego zwalczania”*. 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.

Wytyczne co do sposobu rozumienia, a także sposobu zastosowania tej przesłanki zawarł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 02.01.2007 r. w sprawie o sygn. V CSK 311/06: *„zatem, nie sam fakt zagrożenia lub powstania straty po stronie innego przedsiębiorcy, lecz sposób realizacji mechanizmu 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 osiągania korzyści gospodarczych. Wina naruszyciela 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.”*

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 par. 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 Berger Bau rywalizował o udzielenie zamówienia zaniżając sztucznie koszt realizacji inwestycji jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przewidującym uczciwą konkurencję.

Po trzecie, działanie Berger Bau w postaci złożenia oferty z omówionymi uchybieniami narusza interes Zamawiającego, którym jest oczekiwanie wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentacji

projektowej i jego oczekiwaniami, a oferta Berger Bau tego nie zapewnia. Nadto, postawa Berger Bau naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami,
w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji.

Złożenie przez Berger Bau oferty przewidującej rażąco niską cenę narusza również interes STRABAG, ponieważ zmuszony jest konkurować z podmiotem na nierównych zasadach gry — STRABAG wycenia w swojej ofercie przedmiot zamówienia wynikający
z dokumentacji projektowej oraz dokonanego przez Zamawiającego opisu, a Berger Bau 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.

STRABAG zaś zakładał i zakłada, 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. 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.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp

Zamawiający dokonując wyboru oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej naruszył art. 239 ust. 1 Pzp. Oferta Berger Bau nie jest bowiem najkorzystniejsza. Taką ofertą jest oferta STRABAG. Gdyby Zamawiający postąpił stosownie do przepisów Pzp i odrzucił ofertę Berger Bau 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 jakiekolwiek wątpliwości, błędy czy braki.

Zarzut naruszenia art. 16 Pzp

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 16 Pzp ma charakter wynikowy i stanowi następstwo omówionych uchybień. Wobec omówionych w odwołaniu naruszeń w ocenie STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę Berger Bau za najkorzystniejszą. Czynności wyboru oferty Berger Bau 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.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę
w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Wybór oferty innego wykonawcy godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Na posiedzeniu przed Izbą Przystępujący złożył w poczet materiału dowodowego
i przekazał pozostałym Stronom postępowania odwoławczego wyjaśnienia wraz
z załącznikami oraz uzasadnieniem zastrzeżenia odtajnione w znacznym stopniu. Przystępujący oświadczył, iż utrzymuje tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wielkości zakładanego zysku, nazw podwykonawców, stawek jednostkowych i kalkulacji ceny. Przystępujący wskazywał, że wobec powyższego zarzuty odwołania podlegają oddaleniu jako bezprzedmiotowe.

W pierwszej kolejności słusznie Przystępujący zauważył, iż zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wbrew jednak twierdzeniom Przystępującego, sytuacja zaistniała w postępowaniu odwoławczym nie oznacza, że zarzuty odwołania stały się niezasadne lub bezprzedmiotowe. Niewątpliwie w toku postępowania odwoławczego Izba ocenia czynności i zaniechania

wykonania czynności spoczywające na Zamawiającym.
W tym postępowaniu odwoławczym Zamawiający pozostał bierny wobec wniosków Odwołującego o udostępnienie wyjaśnień cenowych Przystępującego wraz z załącznikami
i uzasadnieniem zastrzeżenia. Także na rozprawie Zamawiający biernie reagował na pytania Izby i w swoim stanowisku ograniczył się do popierania wniosków i stanowiska Przystępującego, nie przedstawiając argumentacji merytorycznej, która uzasadniałaby jego postawę.

Zatem ujawnienie większości informacji na posiedzeniu przed Izbą przez Przystępującego może oznaczać, że zaniechania Zamawiającego znalazły potwierdzenie
w materiale dowodowym w postępowaniu odwoławczym. Przekazanie znaczącej części złożonych wyjaśnień oraz załączników potwierdza w ocenie Izby zasadność zarzutów odwołania w tej części, że zastrzeżenie całości wyjaśnień miało co najmniej charakter nadmiarowy, a nie stanowi o bezzasadności zarzutów jako takich. Skoro możliwe było ujawnienie dużej części treści złożonych wyjaśnień, czego Zamawiający nie uczynił
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a czynność tę wykonano na posiedzeniu przed Izbą, oznacza to, że Zamawiający zachował się w sposób nieprawidłowy
i albo błędnie ocenił skuteczność zastrzeżenia, albo nie ocenił jej wcale. Jest to szczególnie widoczne w przypadku wyjaśnień z 26 lipca 2024 roku, gdzie Zamawiający udostępnił jedynie pierwszą stronę uzasadnienia zastrzeżenia. Tymczasem Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą przekazał całość uzasadnienia zastrzeżenia informacji i większą część wyjaśnień.
Co więcej, już w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ponownie pytał Przystępującego o prawidłowość zastrzeżenia informacji, i chociaż już wówczas Przystępujący przyznał, że zastrzeżenie mogło mieć charakter nadmiarowy,
co skutkowało przekazaniem Zamawiającemu wersji zastrzeżenia znacznie ograniczonej, Zamawiający zaniechał przekazania tego dokumentu Odwołującemu. Takie zachowanie Zamawiającego Izba uznaje za naganne i nie zasługujące na aprobatę.

Po drugie, Przystępujący w swojej argumentacji pomija, że Odwołujący wnosił
o ujawnienie całości treści złożonych wyjaśnień i załączników. Przystępujący zaś te główne elementy, warunkujące możliwość zbudowania zarzutów, nadal utrzymał w tajemnicy.
Tym samym ocenie Izby nadal rozstrzygnąć należało, czy elementy utrzymane w tajemnicy zostały zastrzeżone prawidłowo i czy Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał oceny zastrzeżenia informacji.

Izba ustaliła, że odwołaniu przedstawiono prawidłowo przebieg postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego nie zachodziła konieczność dodatkowych ustaleń stanu faktycznego.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutów podstawowych. Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty ewentualne, wniesione na wypadek niepodzielenia zasadności zarzutów głównych.

Zgodnie z art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem
o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Przy tym, zgodnie
z regulacją ust. 3 tego przepisu, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, dalej jako „UZNK"), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy Pzp.

Z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wynika więc, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 UZNK w odniesieniu do określonych informacji.

Przywołany art. 11 ust. 2 UZNK definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako 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.

Podkreślenia wymaga, iż art. 18 ustawy Pzp jako zasadę traktuje jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp musi być interpretowany i stosowany w sposób ścisły. Co za tym idzie, w ten sam sposób należy interpretować określone w tym przepisie okoliczności, których wystąpienie zobowiązuje zamawiającego do nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

w rozumieniu przepisów UZNK.

W konsekwencji należy uznać, że w przypadku, gdy dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w tym przepisie, obejmuje wiele informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 UZNK) w odniesieniu do poszczególnych informacji, których dotyczy przedmiotowe zastrzeżenie, tj. musi wykazać, że:

1)jest ona informacją techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą,

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

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

a w przypadku, gdy zastrzeżenie dotyczy „innej informacji posiadającej wartość gospodarczą" także posiadanie wartości gospodarczej przez tą informację.

Na początku rozważań Izba zauważa, że badaniu podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie ocenia natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Rozstrzygnięciem Izby objęta jest odpowiedź na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca
w ustawowym terminie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane zastrzeżenie. Podkreślenia wymaga, iż to jakość i staranność uzasadnienia zastrzeżenia decyduje,
czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które co do zasady jest jawne, powstanie zbiór elementów, który może być traktowany jako informacje niejawne. To uzasadnienie zastrzeżenia potwierdzać ma zasadność objęcia określonego zbioru informacji i uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnienia wynikać ma, czy spełnione zostały przesłanki uznania danego rodzaju kategorii danych za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dalej dostrzeżenia wymaga, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

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

Jak zauważył Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r. sygn. XXIII Zs 133/21,*W orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że wszelkie sposoby, metody*
i środki interpretacyjne związane z wykładnią przepisów dopuszczających możliwość zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa muszą być stosowane z generalnym założeniem, że zasadą jest jawność. Założenie to powinno znaleźć wyraz również w wykładni pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c. W konsekwencji 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 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wbrew brzmieniu art. 8 ust. 3 p.z.p. z 2004 r. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek "wykazania" oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy gołosłowne zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie wystarcza zatem samo stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków i pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada. Nie

wystarcza samo przeświadczenie zastrzegającego, że każda informacja z zakresu funkcjonowania przedsiębiorstwa ma jakąś (choćby niewielką) wartość gospodarczą, dlatego nie ma potrzeby jej wykazywać".

Uzasadnienie zastrzeżenia, jak wynika ze stanowiska Przystępującego dotyczy kluczowych dla niego informacji biznesowych, organizacyjnych i technicznych.

Zgodnie z utartą linią orzeczniczą KIO:*Nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. Wartość tę należy omówić i wykazać w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji, a nie jedynie gołosłownie zapewnić, że zastrzegana informacja taką wartość posiada* – tak m.in. KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 698/21 z 26 kwietnia 2021 r. oraz w wyroku z 23 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 636/18.

Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca wycenić informację i ująć ją w postaci danych o wymiarze finansowym, co nie zawsze należy utożsamiać
z koniecznością podania określonej wartości liczbowej. Istotne jest, by Wykonawca
w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji wyjaśnił w jakich elementach składanych zamawiającemu wyjaśnień ją upatruje, do jakich wymiernych elementów należy tę wartość odnosić. Wartość ta winna mieć niewątpliwie wymiar obiektywny. Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów.

O ile można zgodzić się, że Przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia podkreślił
w jakich czynnikach upatruje wartości gospodarczej zastrzeganych informacji (*Statystyka projektu, kosztorysy ofertowe i zestawienia materiałów, które zawierają zbiór informacji na temat strategii budowania przez Wykonawcę ceny ofertowej, w tym wskazujące na wysokość zakładanego przez Wykonawcę zysku, na koszty ponoszone przez Wykonawcę w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej*), to już nie wskazano w jaki sposób poznanie tych czynników może przełożyć się na wartość gospodarczą zastrzeganych informacji i przede wszystkim umniejszenie wartości gdyby czynniki te poznali inni wykonawcy.

Przystępujący podaje, że ujawnienie tych informacji może zostać ukierunkowane na zdobycie przewagi na rynku zamówień publicznych w przyszłych przetargach, bowiem mamy do czynienia z model wypracowanym i udoskonalonym przez danego wykonawcę, charakterystycznym tylko dla tej jednostki. Jest to tak ogólne i pojemne stwierdzenie, że można je odnieść do wielu aspektów związanych ze złożeniem oferty w postępowaniu, co jeszcze nie oznacza, że taka informacja przedstawia i stanowi wartość gospodarczą danego przedsiębiorstwa. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2023 roku (sygn. akt XXIII Zs 24/23),*Warunkiem sine qua non uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazania, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą. Zamawiający bowiem musi otrzymać odpowiedni zasób argumentacji tak, aby właściwie mógł ocenić ich znaczenie ekonomiczne. Natomiast nie jest istotne, czy omawiana wartość jest wysoka, czy niska, ważne jest, aby ta wartość gospodarcza istniała i jako taka została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji".*

Jeżeli jest to model unikatowy, wątpliwym wydaje się, że wobec tego mogliby go zastosować inni wykonawcy.

Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Berger Bau skalkulował cenę na potrzeby tego postępowania, jak określił nakłady do poniesienia, czy też jaką marżę zastosował w tym konkretnym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Wykonawcy i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Pewną oczywistością jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów. Brak jest jednak podstaw do stwierdzenia, że określone dane zawarte w wyjaśnieniach Przystępującego faktycznie dawałyby innym wykonawcom możliwość ustalenia, jaką potencjalną cenę mógłby on zaoferować w innych postępowaniach. Za pewnego rodzaju paradoks można uznać takie wywody, że z jednej strony Wykonawca kieruje on indywidulanym podejściem, wypracowanym w oparciu o działalność na danym rynku, a z drugiej strony uważa, że to indywidulane podejście może po pierwsze zostać zidentyfikowane przez konkurencyjne podmioty i na dodatek wykorzystane w innych postępowaniach.

Dalej Przystępujący zaznacza, że stawki wynikające z ofert podwykonawców są wynikiem długotrwałej relacji i mają indywidualny charakter. W sytuacji takiego oświadczenia, że skoro strony łączą ugruntowane stosunki biznesowe, długoletnia współpraca i możliwość uzyskiwania indywidulanych, mocno korzystnych ofert cenowych, to ujawnienie danych podwykonawców i cen jednostkowych nawet na przyszłość, nie spowoduje, że Przystępujący w tym zakresie utraci przewagę nad konkurentami. Ci bowiem, by uzyskać poziom rabatów dostępny Przystępującemu i tak muszą dopiero zbudować relację z danym podmiotem. Zatem nie jest możliwe uzyskanie przez nich warunków dostępnych Przystępującemu od razu.

To zaś oznacza, że ujawnienie tych informacji nie doprowadzi do utraty przewagi konkurencyjnej Przystępującego na rynku.

Co do zastrzeżenia informacji odnoszących się do cen jednostkowych, to skoro ceny te są nieosiągalne dla innych podmiotów, ich ujawnienie nie przyniesie nawet potencjalnej szkody Przystępującemu. W wyroku z15 maja 2023 r. (KIO 1195/23) Izba wskazała, że*„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”.*

Można zgodzić się, że *„dane o charakterze organizacyjnym, technicznym, np. opracowane przez siebie recepty na wykonanie mieszanek MMA wraz z informacją o kosztach ich wytworzenia, certyfikaty jakości, co bezsprzecznie stanowi know-how Wykonawcy i posiada dla niego kluczową wartość gospodarczą”.* Jednak ani w uzasadnieniu zastrzeżenia, ani w wyjaśnieniach cenowych elementy opracowania receptury nie zostały szczegółowo czy nawet ogólnie opisane i w jakiś inny sposób ujawnione. Tym samy wyjaśnienia nie zawierają elementów, do których odnosi się zastrzeżenie informacji.

Berger Bau nie wyjaśnił w żadnej mierze, jak też nie udowodnił, na czym konkretnie miałyby polegać unikatowość złożonej z wyjaśnieniami kalkulacji skoro jest ona przygotowywana dla danego postępowania. Zaś tylko na podstawie przedstawienia kalkulacji w tabeli, inni wykonawcy nie są w stanie poznać metodologii budowania ceny dla poszczególnych pozycji, skoro Przystępujący posługuje się tylko jemu znaną metodą kalkulacyjną.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że z załączników do wyjaśnień wynika, że przedstawiane informacje stanowią de facto nie tajemnicę przedsiębiorstwa, ale tajemnicę podwykonawców, jakie stawki cen jednostkowych oferują one Przystępującemu za konkretne materiały. Przystępujący jednakże nie przedstawia dokumentów, choćby w postaci umów o zachowaniu kontaktów biznesowych w poufności, z których wynikałby że zobowiązany został do traktowania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie złożono jakiegokolwiek oświadczenia podmiotu trzeciego, że zobowiązuje on wykonawcę do zachowania informacji
w tajemnicy.

Przystępujący wspomina w uzasadnieniu zastrzeżenia, że przedstawiane informacje nie są powszechnie znane. Na powyższą okoliczność złożono jedynie wzór umowy o pracę,
z której wynikać ma, że pracownicy Przystępującego zobowiązani są do zachowania informacji jako poufnych. Celnie zauważył Odwołujący, że jest to dokument przykładowy, nie wynika, że jest on stosowany w organizacji Przystępującego. Jedynym elementem, który przedstawił Przystępujący w tym zakresie jest *Wykaz osób biorących udział w przetargu*. Natomiast
z innych dokumentów nie wynika, że osoby te zobowiązane są zachować informacje
w poufności.

Przystępujący jedynie lakonicznie opisał w jaki sposób chroni posiadane zasoby, jakich środków zabezpieczających informacje używa, czy jego pracownicy zobowiązani są do nieujawniania informacji. Przystępujący w jednym akapicie ogólnie zaznaczył jakie stosuje środki bezpieczeństwa celem zabezpieczenia informacji. Na okoliczność tę nie złożono wraz z zastrzeżeniem dowodów.

Reasumując, Berger Bau nie wyjaśnił i nie wykazał, że złożone wyjaśnienia cenowe mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty główne odwołania zasługiwały na uwzględnienie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień Przystępującego z 26 lipca 2024 roku i 10 września 20224 roku w całości, wraz z załącznikami i uzasadnieniem zastrzeżenia informacji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:

……..