Sygn. akt KIO 3702/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Podlaskie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Stanpol P.P. spółka komandytowa z siedzibą w Łomży

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 1 – 3 w związku z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i nakazuje Województwu Podlaskiemu w zakresie części zamówienia „Zadanie 1: Rejon Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” w zakresie określonym jako „solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Białystok - Markowszczyzna – 2 szt.” unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz udostępnienie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku wszystkich informacji zawartych w piśmie Stanpol P.P. spółka komandytowa z siedzibą w Łomży datowanym na 11 września 2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentach oznaczonych jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.”, „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.”, „spis z natury”, „zestawienie środków trwałych” i „faktura na zakup paliwa”,

2.oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku w 1/2 (jednej drugiej) części oraz zamawiającego Województwo Podlaskie w 1/2 (jednej drugiej) części i:

3.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków,

3.2.zasądza od Województwa Podlaskiego na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku kwotę 9 309 zł (dziewięć tysięcy trzysta dziewięć złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i innych uzasadnionych wydatków.

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 3702/24

UZASADNIENIE

7 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ”Astwa” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku(dalej jako „Odwołujący”) na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Stanpol P.P. spółka komandytowa z siedzibą w Łomży i na zaniechanie udostępnienia pisma Stanpol P.P. spółka komandytowa z siedzibą w Łomży datowanego na 11 września 2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów oznaczonych jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.”, „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.”, „spis z natury”, „zestawienie środków trwałych” i „faktura na zakup paliwa” w prowadzonym przez zamawiającego Województwo Podlaskie (dalej jako „Zamawiający”) postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich w sezonie: 2024/2025 na terenie PZDW w Białymstoku z podziałem na zadania.” (dalej jako „Postępowanie”) w zakresie części zamówienia „Zadanie 1: Rejon Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” w zakresie określonym jako „solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Białystok - Markowszczyzna – 2 szt.”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1)art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez STANPOL pomimo, że oferta ta

została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na manipulowaniu cenami jednostkowymi zaoferowanymi w części 4 – droga nr 678 Białystok – Markowszczyzna w taki sposób, aby STANPOL uzyskał zamówienie i jednocześnie w toku realizacji zamówienia otrzymał jak najwyższe wynagrodzenie, co doprowadziło do przyznania STANPOL maksymalnej liczby punktów w kryterium cena, podczas gdy w rzeczywistości zaoferowana przez tego Wykonawcę cena nie jest najniższa, co doprowadziło do wyboru oferty, która w rzeczywistości nie jest najkorzystniejsza,

2)ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że wyżej wymieniony zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty STANPOL podlega oddaleniu: art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu bezzasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa treści wyjaśnień zaoferowanej ceny, stanowiących elementy pisma z dnia 11 września 2024 r. oraz załączników:

a)faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.,

b)oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.,

c)spis z natury,

d)zestawienie środków trwałych,

e)faktura na zakup paliwa,

złożonych wraz z wyjaśnieniami w zakresie wysokości zaoferowanych cen jednostkowych z dnia 11 września 2024 r., podczas gdy STANPOL nie wykazał wszystkich przesłanek warunkujących skuteczność dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto zastrzeżone przez STANPOL informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;

3)ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że wyżej wymieniony zarzut w zakresie zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i załączników podlega oddaleniu: art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 244 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STANPOL, mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę za świadczenie usług zwalczania śliskości i odśnieżania przy użyciu pojazdu – solarki z pługiem jednostronnym w lokalizacji: droga nr 678 Białystok – Markowszczyzna, za tonę 30% piaskosól, za motogodzinę, za kilometr.”.

Odwołujący wniósł o:

„1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1: Rejon Białystok w zakresie drogi Nr 678 Białystok – Markowszczyzna,

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu i w konsekwencji:

a)odrzucenie oferty STANPOL jako założonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,

b)ewentualnie, odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu treści wyjaśnień z dnia 11 września 2024 r. i załączników złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami w zakresie wysokości zaoferowanej ceny przez STANPOL,

c)ewentualnie, w przypadku uznania, że wyjaśnienia STANPOL wraz z załącznikami nie podlegają odtajnieniu i udostępnieniu, odrzucenie oferty STANPOL jako zawierającej rażąco niską cenę”

oraz o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie ww. odwołania w całości oraz o „obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Stanpol P.P. spółka komandytowa z siedzibą w Łomży (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”). w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 371977-2024. Zamówienie w Postępowaniu jest podzielone na 5 części.

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu w zakresie części zamówienia „Zadanie 1: Rejon Dróg Wojewódzkich w Białymstoku” w zakresie określonym jako „solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Białystok - Markowszczyzna – 2 szt.”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na 11 września 2024 r. pismo (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „Działając w imieniu STANPOL P.P. Sp. K., KRS 537416, REGON 360514065, NIP 9522134046, w odpowiedzi n

wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie cen za 1 tonę 30% piaskosoli, cena za 1 godzinę pracy sprzętu, cena za 1 kilometr pracy sprzętu przy użyciu solarek w poz. Lp. 1-4, 6, 7, 9 wskazujemy, że podana przez nas cena nie jest rażąco niska. Przy uwzględnieniu realizowanych przez nas kontraktów, zawartych umów z dostawcami, posiadanego sprzętu, nie tylko jesteśmy w stanie pokryć koszty, ale osiągnąć w jej ramach zysk. Informujemy, że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego, została skalkulowana na podstawie dostępnych Wykonawcy umów i zawartych w nich cen, co gwarantuje realizację przedmiotu zamówienia. Przedmiotowe wyjaśnienia zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, mające w szczególności charakter organizacyjny i techniczny. Stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), dalej jako „u.z.n.k.”. Wobec powyższego, na zasadzie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „p.z.p.”, zastrzegam jako tajemnicę przedsiębiorstwa: 1) kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce – w szczególności w zakresie poszczególnych grup prac ujętych w treści przedmiotowych Wyjaśnień, w tym: 2) wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze (dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, godzin pracy) – w tym ceny jednostkowe, założenia (m.in. ilościowe, kosztowe); 3) poszczególne obliczenia co do zakładanego zysku; 4) elementy założeń ofertowych; 5) informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Spółkę – oparte na modelu współpracy z kontrahentami, w oparciu o metodologię i doświadczenie Wykonawcy. - zakreślone na szaro w przedmiotowym piśmie. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są także załączniki do niniejszych wyjaśnień: 1) Faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r. 2) Oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r. 3) Spis z natury 4) Zestawienie środków trwałych 5) Faktura na zakup paliwa Nie są objęte tajemnica przedsiębiorstwa następujące informacje: 1) stanowisko w zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa; 2) przywołane stanowiska doktryny oraz orzecznictwo. Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu, o czym w piśmie stanowiącym Załącznik nr 1. Dla ułatwienia rozróżnienia ww. informacji, przedmiotowe wyjaśnienia przedkładane są w dwóch wersjach, tj.: zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa (obejmująca informacje poufne, która nie powinna zostać ujawniona konkurentom – jak tajemnica przedsiębiorstwa) oraz w wersji pozbawionej informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (nieoznaczona jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa). I. Wykonawca uwzględnił koszty zakupu materiałów Możliwość zakupu soli po wartościach niższych niż średnia cen rynkowa jest zauważalna w innych przetargach. Widoczne było to już w innych przetargach na przestrzeni 2022 r., gdzie ceny zaproponowane przez oferentów były niższe od eksponowanych na rynku w 2022 - najwyższych cen - spekulacyjnych. Przykładowo taki stan rzeczy miał miejsce w postępowaniu "Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 3 zadania: Zadanie nr 1 - Rejon w Płocku, Zadanie nr 2 - Rejon w Siedlcach, Zadanie nr 3 - Rejon w Zwoleniu" (sygnatura postępowania: O/WA.D-3.2421.23.2022), gdzie jeden z wykonawców przedstawił cenę soli drogowej z września 2022 r. w wysokości 260 zł i która to cena występowała tuż po skoku cen na rynkach (KIO 2568/22). Zauważyć także należy, że Wykonawca od wielu lat dysponuje możliwością składania ofert na korzystnym poziomie. W powyższym względzie wskazać także należy, że ceny soli z uwagi na zmianę okoliczności związanych z wybuchem wojny w Ukrainie spadły, pozostając nadal różne w zależności od kanałów dystrybucji i zawartych umów (co może zaburzać średnią). W tym względzie Wykonawca wskazuje, że poza sezonem zimowym jest dużo niższe zapotrzebowanie na sól, co pozwala na otrzymanie od sprzedawców znaczących rabatów. Dzięki zapleczu i możliwości udziału w dystrybucji kruszyw wynikającym z prowadzonej przez Wykonawcę działalności, jego udziału w zamówieniach publicznych, jest on w stanie pozyskiwać sól po korzystnych cenach rynkowych. Na okoliczność wysokości dostępnych cen przedstawia skierowaną do Wykonawcy ofertę, uzasadniającą dostępną jemu cenę rynkową (tajemnica przedsiębiorstwa). Na cenę oferty składają się w świetle powyższego czynniki globalne, wynikające z jego powiązań podmiotowych i możliwości wykorzystania koncesji. Idąca za tym skala prowadzonej działalności pozwala Wykonawcy na zaoferowanie cen pracy sprzętu oraz osób na rynkowym, korzystnym dla Zamawiającego poziomie. Wykonawca w związku z prowadzoną działalnością dysponuje parkiem maszyn, a możliwość ich pracy także w całym sezonie z uwagi na zapewnioną pracę w kopalni obniża koszty amortyzacji. Dysponuje on także zapasami paliwa i soli drogowej (Spis z natury – tajemnica przedsiębiorstwa). Okoliczności te, uwzględniające zysk z kruszyw powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego w ocenie całej oferty Wykonawcy. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lutego 2013 r. sygn. akt KIO 240/13: „przyjmuje się, że rażąco niska cena to cena nierealistyczna, zaoferowana poniżej kosztów świadczenia usługi, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia. Należy jednak podkreślić, że rażąco niska cena odnosi się do ceny za cały przedmiot zamówienia, a nie do poszczególnych pozycji kosztowych, co wynika jednoznacznie z brzmienia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP”. Zamawiający powinien zatem uwzględnić globalne koszty Wykonawcy oraz wskazany przez niego zysk. Różnice w zakresie cen soli są wynikiem różnic pomiędzy kanałami dystrybucji, a także tego czy Wykonawcy są w stanie takową magazynować i dokonywać tego w momencie zakupu. Warto zauważyć,

że wpływ na giełdową cenę piaskosoli mógł mieć wybuch wojny w Ukrainie. Początkowy wzrost cen soli drogowej z powodu zatrzymania importu oraz eksportu jeśli miał znaczenie dla cen powszechnie dostępnych, to ich wpływ na zawierane umowy i kontrakty nie jest bezpośredni. Wahania cen, które nie wynikały z faktycznego braku surowca, ale z chwilowego zamrożenia ciągu dostaw - stanowiące podstawę spekulacji - zostały zniwelowane, tak z uwagi na udrożnienie kanałów dostaw, jak i utworzenie nowych kanałów. Wykonawca dysponuje zapasami soli z uwagi na możliwość ich dystrybucji. Cena samego materiału (piaskosól) zależna pozostaje od źródeł dostaw i zawartych umów handlowych. W przypadku Wykonawcy należy zwrócić uwagę, że: Część wyjaśnień stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (do następnych znaków ***): (…) *** Koszty zakupu samego materiału pozwalają zatem na realizację przedmiotu zamówienia po cenie niższej niż 105 zł/t (a więc w poz. Lp. 1-4, 6, 7, 9). Nawet doliczając do nich koszty towarzyszące wartość zakłada uzyskanie po stronie Wykonawcy zysku. II. Wykonawca uwzględnił koszty transportu oraz pracy Wykonawca dysponuje własnym parkiem maszyn (w załączeniu zestawienie środków trwałych – tajemnica przedsiębiorstwa). Dzięki temu nie musi ponosić kosztów związanych z wynajmem lub leasingiem maszyn. W załączeniu Wykonawca przedstawia zestawienie środków trwałych – tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty określone w dokumentacji postępowania. Wykonawca informuje, że koszt pracy wszystkich osób wskazanych w przyjętych wyliczeniach nie jest niższy od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a wartość ta uwzględnia również koszty wynikające z obowiązków w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane będzie zamówienie, tj. zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. (Dz. U. poz. 1893) (wraz z kosztem pracodawcy). Dodatkowo Wykonawca ma możliwość wykorzystania do realizacji przedmiotowego zlecenia niektórych materiałów, które zmagazynował we wcześniejszym okresie zakupując go w większej ilości (tzw. zapas) w korzystnych cenach (spis z natury – tajemnica przedsiębiorstwa). W kosztach oferty (zł/m-g) pracy solarek - określonych przez Wykonawcę na poziomie 90 zł lub wyższym uwzględniono koszty wynagrodzenia oraz wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania. Możliwość dokonania zakupu hurtowego paliwa, w tym po cenach przewidzianych dla sprzedaży hurtowej (w załączeniu faktura VAT – tajemnica przedsiębiorstwa) umożliwia wygenerowanie Wykonawcy dodatkowego zysku. Posiadany przez niego park maszyn umożliwia realizację przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu założeń Zamawiającego i oszczędności związanych z dysponowanym zapleczem sprzętowym. Poniżej Wykonawca przedstawia przyjętą kalkulację wskazującą na możliwości wygenerowania zysku przy uwzględnieniu założeń dokumentacji postępowania oraz elementów stanowiących podstawy do wyceny: Część wyjaśnień stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (do następnych znaków ***): (…) Część wyjaśnień stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (do następnych znaków ***): (…) *** W świetle powyższych argumentów zaoferowana cena jest ceną realną gwarantującą należyte i kompleksowe wykonanie przedmiotu zamówienia i zagwarantowanie zysku Wykonawcy. Nadto, należy wskazać, że przy uwzględnieniu realizowanych przez Wykonawcę kontraktów, zawartych umów z dostawcami, posiadanego sprzętu, a tym samym synergii czynników cenotwórczych – Wykonawca nie tylko jest w stanie pokryć koszty związane z realizacją zadania, ale osiągnąć w jego ramach zysk, biorąc pod uwagę konkurencyjność złożonej przez Wykonawcę oferty. W zakresie synergii czynników cenotwórczych należy jeszcze dodać, iż Wykonawca bezpośrednio powiązany jest z dostawcą kruszyw (u którego się zaopatruje), co pozwala mu na optymalizację kosztów i oferowanie konkurencyjnych cen w przedmiotowej pozycji cenotwórczej.”.

Przystępujący przekazał Zamawiającemu ww. pismo w dwóch wersjach w plikach w formacie .pdf, przy czym w jednej z nich we fragmentach oznaczonych powyżej „(…)” treść pisma nie była zasłonięta; w drugiej wersji we fragmentach tych treść pisma nie była zasłonięta, jednak w przypadku skopiowania tych fragmentów z pliku przekazanego przez Przystępującego i ich wklejenia w edytorze teksów treść ta była widoczna.

Do ww. pisma Przystępujący załączył dokumenty oznaczone jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.”, „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.”, „spis z natury”, „zestawienie środków trwałych” i „faktura na zakup paliwa”.

Do ww. pisma Przystępujący załączył ponadto dokument oznaczony jako „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – Załącznik nr 1” (dalej jako „Zastrzeżenie”) o treści „Działając w imieniu STANPOL P.P. Sp. K., KRS 537416, REGON 360514065, NIP 9522134046, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie cen za 1 tonę 30% piaskosoli, cena za 1 godzinę pracy sprzętu, cena za I kilometr pracy sprzętu przy użyciu solarek w poz. Lp. 1-4, 6, 7, 9 wskazujemy, że złożone wyjaśnienia zawierają nieujawnione do wiadomości publicznej informacje, posiadające wartość gospodarczą, mające w szczególności charakter organizacyjny i techniczny. Informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.), dalej jako „u.z.n.k.”. Wobec powyższego, na zasadzie art. 18 ust. 3 ustawy z

dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), dalej jako „p.z.p.”, Wykonawca zastrzegł w treści wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa: 1) kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce – w szczególności w zakresie poszczególnych grup prac ujętych w treści przedmiotowych Wyjaśnień, w tym: 2) wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze (dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, godzin pracy) – w tym ceny jednostkowe, założenia (m.in. ilościowe, kosztowe); 3) poszczególne obliczenia co do zakładanego zysku; 4) elementy założeń ofertowych; 5) informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Spółkę – oparte na modelu współpracy z kontrahentami, w oparciu o metodologię i doświadczenie Wykonawcy. - zakreślone na szaro w przedmiotowym piśmie. Tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są także załączniki do niniejszych wyjaśnień: 1) Faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.; 2) Oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.; 3) Spis z natury; 4) Zestawienia środków trwałych; 5) Faktura na zakup paliwa. Nie są objęte tajemnica przedsiębiorstwa następujące informacje: 1) stanowisko w zakresie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa; 2) przywołane stanowiska doktryny oraz orzecznictwo; Jako punkt wyjścia podkreślić należy dopuszczalność zastrzegania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa została wielokrotnie potwierdzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. Tytułem przykładu można podać wyrok KIO z dnia 31.08.2018 r., KIO 1618/18, w którym wyjaśniono, że nie budzi wątpliwości, iż za tajemnicę przedsiębiorstwa można uznać przedstawioną szczegółową kalkulację kosztów i przyjętą przez wykonawcę metodologię wyliczenia ceny stanowiącą w praktyce o konkurencyjności firmy na danym rynku. III. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako „tajemnica przedsiębiorstwa” Zastrzeżone przez Wykonawcę informacje spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a tym samym podlegają skutecznemu zastrzeżeniu. Ujawnienie zastrzeżonych informacji wpłynęłoby negatywnie na możliwość efektywnego konkurowania pomiędzy przedsiębiorcami, a dalej ułatwiając konkurentom rywalizację z Wykonawcą w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Informacje objęte i zastrzeżone przez niego jako „tajemnica przedsiębiorstwa” zawierają szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty, stosowaną metodologię, nazewnictwo, podejmowaną współpracę z podmiotami trzecimi czy też informację o dostępnych jemu cenach zakupu usług, materiałów, a co składa się na strategię działania Wykonawcy. 1. Informacje posiadające wartość gospodarczą Wyraźnie podkreślić trzeba, że utrata przedmiotowych informacji przez Wykonawcę rodzi zagrożenie wykorzystania ich przez konkurentów w przyszłych przetargach w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej lub w celu osłabienia pozycji Wykonawcy na rynku. Informacje składają się na strategię w ramach współpracy z innymi. podmiotami, umożliwiające prześledzenie kontaktów biznesowych Wykonawcy, co potwierdza ich wartość gospodarczą. Przy czym, wyraźnie podkreślić trzeba, że informacje te zostają przedstawione przez Wykonawcę na żądanie Zamawiającego. Zastrzeżone informacje odnoszą się do wypracowanej metodologii w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, których to ujawnienie narazi na szkodę i będzie mogło doprowadzić do naruszenia pozycji Wykonawcy na rynku. Po pierwsze, Wykonawca wskazuje, że zastrzeżone informacje zawierają informacje, które ukazują kalkulację cenową oferty – opartą o metodologię, know-how i konkretne dane cenotwórcze. Zawarcie w Wyjaśnieniach szczegółowych kalkulacji kosztów odnoszących się do poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, ujawnia wykorzystywane przez Wykonawcę strategie budowania ceny ofertowej, które to wpływają na konkurencyjność Wykonawcy. W tym duchu wypowiedziała się przykładowo Izba w wyroku z 30 marca 2018 r., KIO 496/18, wskazując na możliwość uznania kalkulacji cenowej za tajemnicę przedsiębiorstwa. W kontekście szczegółowych kalkulacji w orzecznictwie wyraźnie wskazuje się na ich wartość, zaznaczając możliwość ich zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Gdyby ustawodawca chciał objąć zakazem zastrzeżenia także szczegółową kalkulację ceny, to w art. 8 ust. 3 p.z.p. wprowadziłby takie wyłączenie, podobnie jak to uczynił w stosunku do informacji określonych w art. 86 ust. 4 p.z.p. (wyrok KIO z 10.04.2018 r., KIO 570/18, LEX nr 2515221). Podobnie w wyroku z 3 lutego 2014 r., KIO 77/14, uznano, że wyłączeniu jawności może podlegać kalkulacja ceny, szczegółowe elementy składowe (wyrok KIO z 17 lutego 2016 r., KIO 149/16). Po drugie, Wykonawca zawarł również w przedstawionych wyjaśnieniach informacje składające się na podejmowane działania w ramach współpracy z innymi podmiotami. Ukazują one w szczególności dane identyfikujące te podmioty, jak również oferowane ceny, wynegocjowane warunki. Jednocześnie wyraźnie podkreślić trzeba, że Wykonawca – jako podmiot z wieloletnim doświadczeniem i wypracowanymi kontaktami na rynku – zwraca szczególną uwagę na konieczność zachowania tych informacji jako zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa. Składane oferty przez takie podmioty czy też pozyskiwane ceny przez Wykonawcę od danych kontrahentów stanowią efekt wieloletniej współpracy, wypracowanej strategii działania na rynku i podejmowanych negocjacji przez Wykonawcę, co przekłada się na działania Wykonawcy związane z ochroną tychże baz danych i poszczególnych informacji przed dostępem podmiotów trzecich. Podkreślić trzeba, że m.in. z uwagi na brak znajomości przez inne podmioty informacji o kontrahentach i warunkach współpracy, Wykonawca ma wypracowaną pozycję na rynku, a informacje te wpływają w szczególny sposób na jego konkurencyjność. Izba w wyroku z 27 stycznia 2015 r., KIO 54/15 wskazała, że żaden przepis prawa nie obliguje stron stosunku z podmiotem prywatnym do ujawnienia informacji dotyczących realizacji takiej umowy. Izba podkreśla, że tego typu informacje w postaci umów z podmiotami prywatnymi czy otrzymywanymi ofertami są bowiem informacjami

handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i jako takie mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku - brak jest więc podstaw do ich odtajnienia. Podobnie w wyroku KIO z 31.03.2021 r., KIO 595/211. Wskazano, że umowy z podmiotami prywatnymi nie mają przymiotu jawności. Tego typu informacje są informacjami handlowymi posiadającymi wartość gospodarczą i mają znaczenie dla prowadzonej działalności, w tym dla pozycji wykonawcy na rynku. Wykonawca przy tym podkreśla, że podmioty, z którymi współpracuje obowiązane są do zachowania poufności informacji dotyczących wzajemnej współpracy. Przedmiotowy obowiązek nabiera szczególnego znaczenia w kontekście wynegocjowanych warunków współpracy i składanych ofert, które Wykonawca jest w stanie pozyskać dzięki swojemu wieloletniemu doświadczeniu i pozycji na rynku (co potwierdza również wartość gospodarczą). W nawiązaniu do powyższego, Wykonawca wskazuje, że wewnątrz działalności funkcjonuje określony model dotyczący współpracy z innymi podmiotami, określający w m.in. zasady prowadzenia negocjacji, składania i przyjmowania ofert. Reguluje to w szczególności dołączony do Regulamin kontraktowania, stanowiący Załącznik nr 1 do przedmiotowego pisma. Jego treść ukazuje opracowany model działania, w tym metody wyboru kontrahentów czy same nakłady przeznaczane na prowadzenie negocjacji. Wykonawca opracował go w oparciu o wieloletnie doświadczenia. Regulamin ten znalazł również zastosowanie przy opracowywaniu w niniejszym postępowaniu kalkulacji i poszukiwaniu kontrahentów na potrzeby opracowania oferty. Podkreślić trzeba, że informacje przedstawione przez Wykonawcę stanowią efekt operacji na nieujawnionych bazach danych, obrazują wykorzystanie know-how i metodologię Wykonawcy, a przez co ujawnienie zastrzeżonych informacji pozwoliłoby na dotarcie przez konkurentów na rynku do wiedzy i sposobu osiągania określonego rezultatu i prowadzenia działalności Wykonawcy – a co dla Wykonawcy stanowi szczególną wartość gospodarczą, budującą jego pozycję na rynku. Także należy tu zauważyć, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. – określająca minimalny standard ochrony dla wskazanych informacji poufnych – jako przedmiot „tajemnicy przedsiębiorstwa" traktuje tajemnicę handlową i know-how. Kolejno, podkreślić również należy, że na całościowy know-how Wykonawcy składają się w szczególności informacje o charakterze organizacyjnym, technicznym i technologicznym, które obejmują doświadczenie przydatne do konkurowania przez Wykonawcę na rynku. Sposób, metody i założenia do kalkulacji oraz wynikające z tego wartości kosztów poszczególnych elementów składowych – tak również na potrzeby niniejszego zamówienia publicznego – stanowią indywidualny dorobek handlowy Wykonawcy. Wykonawca podkreśla, że sporządzenie oferty na potrzeby niniejszego postępowania wiązało się ze znacznymi nakładami. W szczególności w związku z przygotowaniem szczegółowej kalkulacji, nazewnictwa, założeń i wyliczeń, pracownicy poświecili około 50 roboczogodzin, na co składało się w szczególności: a) wypracowanie i dostosowanie do danego zamówienia założeń początkowych; b) dokonanie i oszacowanie poszczególnych założeń do kalkulacji przez pracowników, w szczególności co do: c) koszty pracy (ilość, stawka roboczogodzin); d) wyliczenie poszczególnych cen jednostkowych; e) założenia co do możliwości wykorzystania sprzętu własnego; f) uwzględnienie logistyki, kosztów transportu; g) wyliczenia w ramach poszczególnych robót i prac; h) wyliczenia co do zakładanego zysku; i) poszukiwanie i prowadzenie negocjacji z podmiotami trzecimi (podwykonawcami), j) pozyskanie ofert. Wykonawca jedynie szacunkowo wskazuje, iż powyższe czynności, związane z przygotowaniem kalkulacji i opracowaniem informacji, zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa", mogą oscylować w kwocie 5 000 zł. Wykonawca szacunkowo wskazuje poszczególne dodatkowe kwoty, składające się na potencjalną szkodę w związku z ujawnieniem metodologii, cen jednostkowych i porozumienia w zakresie istotnych warunków umów, tj. co najmniej: 1) 6.000 zł za każde naruszenie związane z ujawnianiem informacji dotyczących podstaw wyliczeń innym podmiotom niż zobowiązanym do przestrzegania tajemnicy; 2) 3.000 zł tytułem wstępnych kosztów związanych z przeprowadzeniem negocjacji i ustaleń z każdym z kontrahentów; 3) 150.000 zł dla każdego realizowanego kontraktu – za każde naruszenie związane z ujawnieniem informacji o kanale dystrybucji, wobec braku znajomości danych informacji przez inne podmioty. Jednocześnie Wykonawca podkreśla, że opracowanie oferty, w tym kalkulacje w ramach poszczególnych cen jednostkowych, było możliwe dzięki długoletniemu doświadczeniu Wykonawcy, zgromadzonym bazom danych i wypracowanej pozycji na rynku, które stanowi w istocie trudną do wycenienia wartość (zob. wyrok KIO z 29.06.2016 r., KIO 1011/16). Niemniej jednak, podkreślić trzeba, że nie są możliwe do przewidzenia wszystkie skutki, jakie może ze sobą nieść ich ujawnienie podmiotom konkurencyjnym – trudno jest wskazać konkretną wartość (a co za tym idzie rozmiar szkody), jaką przedstawiają dla informacje zastrzeżone. Przy czym, w piśmiennictwie podkreśla się, że zastrzegający nie jest zobowiązany do wskazywania kwoty konkretnej wartości możliwej szkody (zob. J. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019). Podsumowując, ze względu na charakter przedstawianych w wyjaśnieniach informacji – w szczególności co do sposobu kalkulacji ceny poszczególnych pozycji, szczegółowych kosztów, informacji o charakterze gospodarczym, technicznym, technologicznym w zakresie proponowanych metod realizacji i proponowanych rozwiązań, handlowym i organizacyjnym (m.in. oferty od kontrahentów, warunki współpracy, faktury) – posiadają wymierną wartość gospodarczą. Ujawnienie zastrzeżonych informacji rodzi realne zagrożenie dla sytuacji Wykonawcy na rynku poprzez naruszenie relacji z podmiotami konkurencyjnymi, w szczególności polegające m.in. na ułatwieniu konkurentom przewidzenia poziomu ceny

w innych postępowaniach, poznania szeroko pojętego know-how, współpracy z podmiotami trzecimi, a co za tym idzie może prowadzić do naruszenia chronionych interesów i narażenia na szkodę. 2. Podejmowanie działań zmierzających do zachowania informacji w poufności. W dalszej kolejności wskazać trzeba, że informacje ujęte jako „tajemnica przedsiębiorstwa" zawarte w przedkładanych Wyjaśnieniach i załącznikach, nie są informacjami powszechnie dostępnymi (o czym w pkt 3), a Wykonawca podejmuje odpowiednie kroki zmierzające do zachowania tych informacji w tajemnicy. Po pierwsze, podkreślić trzeba, że ograniczona liczba pracowników ma dostęp do przedmiotowych informacji. U Wykonawcy funkcjonują procedury wewnętrznego obiegu informacji czy też zabezpieczeniu hasłami danych zapisywanych na serwerze. Dane do logowania do poszczególnych kont posiada tylko pracownik, do którego przypisane jest określone konto. Po drugie, dokumentacja zawierająca niniejsze informacje handlowe jest przechowywana w formie papierowej i zabezpieczona jest w zamykanych na klucz szafach a w przypadku przechowywania jej w formie elektronicznej - zabezpieczona jest na serwerze firmowym. Po trzecie, obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy ujęte są również w zawartych z nimi umowach. Jednym z obowiązków pracowniczych jest dbanie o dobro zakładu pracy, jego mienie i interesy ekonomiczne, jak również zachowywanie w tajemnicy informacji dotyczących zakładu pracy. Po czwarte, podkreślić również trzeba, że bezpieczeństwo we współpracy z podmiotami zewnętrznymi zapewniane jest poprzez zawarcie odpowiednich klauzul dotyczących poufności informacji. Wykonawca korzysta wyłącznie z usług takich podmiotów, które dają wystarczające gwarancje wdrożenia odpowiednich środków ochrony. Określają to „zasady zachowania poufności", dokument obowiązujący u Wykonawcy. I tak, Wykonawca wdrożył procedury wewnętrzne odnoszące się do utrzymania w tajemnicy zastrzeżonych danych. Dostęp do takich informacji chroniony jest odpowiednimi zabezpieczeniami. Opisane wyżej zabezpieczenia potwierdzają, że Wykonawca podejmuje odpowiednie działania zmierzające do zachowania informacji w poufności, a co znajduje również potwierdzenie w przedłożonych dokumentach. 3. Nieujawnienie zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej Wykonawca pragnie też podkreślić, że zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane czy też łatwo dostępne dla innych osób. Wykonawca nie upublicznił zastrzeżonych informacji na żadnej stronie internetowej, czy w toku innego postępowania – dążąc do zachowania ich w tajemnicy. W kontekście przedmiotowej przesłanki szczególnego znaczenia nabierają działania nakierunkowane na brak dostępu do przedmiotowych informacji osób trzecich. Nie powtarzając szerokiego opisu działań ujętych w pkt 2 powyżej, Wykonawca pragnie podkreślić, że również w tym kontekście szczególne znaczenie mają opisane wyżej działania. Z treści zastrzeżonych informacji wynika, iż zawierają one dane organizacyjne, dotyczące tego konkretnego postępowania. Dane te nie są powszechnie dostępne, gdyż nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. na stronie internetowej. Stanowią więc „know-how", który korzysta z ochrony prawnej wyznaczonej przez przepisy ustawowe, w tym ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu można wskazać na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2003 r., w którym wskazano, że za takie informacje nie może być uznana wiedza, którą osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z 7.03.2003 r., I CKN 89/01, LEX nr 583717). Tak więc, a contrario w sytuacji, gdy przedmiotowe dane nie są powszechnie dostępne, jak również nie jest możliwe ich pozyskanie w żadnej powszechnie dostępnej formie, to spełniona została również druga z przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przedmiotowe informacje stanowią dane poufne, nie są powszechnie znane czy też udostępniane osobą zwykle zajmującym się takim rodzajem informacji. W konsekwencji, Wykonawca wskazuje, że w stosunku do zastrzeżonych informacji spełniona jest również przesłanka braku ich ujawnienia do wiadomości publicznej. Reasumując, biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie oraz przedłożone dokumenty, które odnoszą się do zastrzeżonych informacji, nie ulega wątpliwości wykazanie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Wykonawca przedstawia obszerne uzasadnienie – podkreślając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Na marginesie, w orzecznictwie Izby podnosi się, że pod pojęciem wykazania, o którym mowa w art. 8 ust. 3 p.z.p., rozumieć również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Podnosi się, że nie można w tym upatrywać bezwzględnego obowiązku dowiedzenia zaistnienia każdej z przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. (wyrok KIO z 12.05.2017 r., KIO 542/17). Niemniej jednak, Wykonawca oprócz powyższej argumentacji, przedstawia dowody potwierdzające spełnienie przesłanek. Podsumowując – biorąc pod uwagę szczegółowe uzasadnienie zasadności zastrzeżenia, w tym wskazania zakresu informacji oraz wykazania poszczególnych przesłanek, nie sposób jest kwestionować braku skutecznego wykazania elementów „tajemnicy przedsiębiorstwa" z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.".

Do Zastrzeżeń Przystępujący załączył opatrzone datą 30 lipca 2024 r. i podpisem komplementariusza Przystępującego dokumenty oznaczone jako „Regulamin kontraktowania" oraz „Zasady zachowania poufności".

25 września 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty o treści „Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku z siedzibą przy ul. Elewatorskiej 6 informuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia na Zimowe utrzymanie dróg wojewódzkich w sezonie: 2024/2025 na terenie PZDW w Białymstoku z podziałem na zadania: Zadanie 1: Rejon Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) I.

Zakończone zostało wyborem następujących ofert: (30) STANPOL P.P. Sp. K. ul. Makowa 28, 18-400 Łomża (…) - solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Białystok - Markowszczyzna – 2 szt. (…) Wybrano oferty z największą liczbą punktów, spełniające jednocześnie warunki określone w Specyfikacji warunków zamówienia. II. W postępowaniu przetargowym brali udział następujący Wykonawcy: (oferowane jednostki sprzętowe wraz z punktacją przy kryterium oceny: cena/czas podstawienia sprzętu). (…) (17) Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne ASTWA Sp. z o. o., ul. Kombatantów 4, 15-102 Białystok - solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Białystok - Markowszczyzna – 2 szt., oferta uzyskała w kryterium: cena – 49,19 pkt., czas podstawienia sprzętu 40,00 pkt., razem – 89,19 pkt.; (…) (30) STANPOL P.P. Sp. K. ul. Makowa 28, 18-400 Łomża (…) - solarka z pługiem jednostronnym na drogę Nr 678 Markowszczyzna – Wysokie Mazowieckie – 1 szt., oferta uzyskała w kryterium: cena – 59,74 pkt., czas podstawienia sprzętu 40,00 pkt., razem – 99,74 pkt. (…)".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania.

Izba pominęła złożone na rozprawie umowy, mając na względzie, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie". Fakty, których ustaleniu miałyby one służyć, mogłyby mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 244 ust. 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp. Jak wskazano poniżej, w zakresie tego zarzutu Izba nie rozpoznawała i nie oceniała zasadności odwołania. Fakty te nie miały zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w zakresie, w jakim Izba rozpoznawała odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania. W szczególności brak było podstaw do stwierdzenia, że – jak podnosił Przystępujący - odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 515 ust. 2 pkt 1) Pzp. Przepis ten określa termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia. Nie ulega zaś wątpliwości, że odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz zaniechanie udostępnienia informacji. Nie ma podstaw do przyjęcia, że w odwołaniu przedstawiono zarzuty wobec treści ogłoszenia wszczynającego Postępowanie lub wobec treści dokumentów zamówienia w Postępowaniu; w szczególności nie stanowi przedstawienia takich zarzutów odnoszenie się do określonego w SWZ kryterium oceny ofert. Ww. przepis nie jest więc przepisem, który ma zastosowanie do odwołania wniesionego przez Odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".

Zważywszy, że w przepisie tym zawarte jest odwołanie do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk"), wobec treści art. 3 ust. 1 uznk, stosownie do którego „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta", odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp wymaga stwierdzenia, że oferta została złożona w warunkach określonych w art. 3 ust. 1 uznk. W konsekwencji konieczne jest określenie na czym ten czyn polegał oraz stwierdzenie, że wystąpiły wszystkie określone w tym przepisie przesłanki, których wystąpienie jest konieczne dla uznania danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji – że działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz że działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, w tym określenie normy prawnej lub obyczaju, z którym działanie to jest sprzeczne. W przypadku, gdy to nie nastąpi, nie jest możliwe stwierdzenie, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, co uniemożliwia uznanie, że oferta została złożona w warunkach takiego czynu, a w konsekwencji że istniała podstawa do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Mając na uwadze art. 516 ust. 1 pkt 10) Pzp, zgodnie z którym „odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności", należy stwierdzić, że w przypadku gdy wykonawca wnosi odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, wskazanie to musi obejmować wszystkie okoliczności faktyczne i prawne istotne dla uznania, że zamawiający na podstawie tego przepisu zobowiązany był odrzucić ofertę tego innego wykonawcy - czyli określenie, jakie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, że działanie to zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz że działanie to jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, w tym określenie normy

prawnej lub obyczaju, z którym działanie to jest sprzeczne.

W świetle treści odwołania nie może ulegać wątpliwości, że Odwołujący nie określił w nim, czy działanie Przystępującego, które wskazał jako działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, jest sprzeczne z prawem czy jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, ani nie określił normy prawnej lub obyczaju, z którym działanie to jest sprzeczne. W odwołaniu nie przedstawiono zatem okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na wystąpienie wszystkich określonych w art. 3 ust. 1 uznk przesłanek, których wystąpienie jest konieczne dla uznania, że określone działanie Przystępującego jest czynem nieuczciwej konkurencji. Izba nie może przy tym, zastępując czynności Odwołującego, określać, czy działanie Przystępującego, które Odwołujący wskazał jako działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji, jest sprzeczne z prawem czy jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. W takiej sytuacji brak jest podstaw do przyjęcia, iż taki czyn wystąpił, a w konsekwencji, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach takiego czynu, a zatem że Zamawiający zobowiązany był odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp. Nie sposób więc było stwierdzić naruszenie tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp był uzasadniony w zakresie naruszenia art. 74 ust. 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk.

Zgodnie z art. 74 Pzp „1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że: 1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się 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. 2 zdanie drugie, 2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków - przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.” Stosownie do art. 18 Pzp „1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. 2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. 3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), 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.”. Art. 11 ust. 2 uznk stanowi, że „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”. Zgodnie z art. 16 Pzp „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że w świetle treści art. 74 ust. 1 i art. 18 ust. 1 - 3 Pzp, a także biorąc pod uwagę treść art. 73 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu postępowania”, niewątpliwe jest, że co do zasady złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny i dokumenty złożone jako załączniki do tych wyjaśnień są jawne i – stanowiąc załączniki do protokołu postępowania - podlegają udostępnieniu, a zawarte w nich informacje są informacjami związanymi z postępowaniem o udzielenie zamówienia, wobec czego Zamawiający może ograniczyć do nich dostęp (w szczególności ich nie ujawniać) tylko w przypadkach określonych w Pzp.

W związku ze stanowiskiem przedstawionym w datowanym na 30 października 2024 r. piśmie Przystępującego konieczne jest wskazanie, że z przepisów Pzp nie wynika konieczność „powiązania” zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia wykonawcy informacji zawartych w złożonych przez innego wykonawcę wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny i dokumentach załączonych do tych wyjaśnień (a tym bardziej całych tych wyjaśnień i dokumentów) z innym zarzutem. Wykonawca może zatem wnieść odwołanie na zaniechanie udostępnienia mu informacji zawartych w takich wyjaśnieniach i dokumentach (czy całych tych wyjaśnień i dokumentów) bez względu na to, czy wnosi odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę.

W świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2022 r., wydanego w sprawie o sygn. C-54/21 należy zaś stwierdzić, że w sytuacji, gdy zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp nie udostępnił wykonawcy informacji, których poznanie przez tego wykonawcę umożliwia wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy, która została wybrana jako najkorzystniejsza, stwierdzenie naruszenia tych przepisów musi skutkować nakazaniem zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru tej oferty (względnie umożliwieniem

wykonawcy wniesienia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy, która została wybrana jako najkorzystniejsza, po udostępnieniu mu wszystkich informacji, które nie zostały udostępnione z naruszeniem przepisów Pzp).

Niewątpliwie udostępnienie Odwołującego informacji zawartych w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach w zakresie wyliczenia ceny i dokumentach złożonych jako załączniki do tych wyjaśnień może umożliwić Odwołującemu wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na to, że zawiera ona rażąco niską cenę. Tym samym uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia tych informacji skutkujące nakazaniem ich udostępnienia Odwołującemu może mieć wpływ na wynik Postępowania.

Wbrew twierdzeniu Przystępującego, że Odwołujący nie rozważył „jaki wpływ na postępowanie miałoby mieć ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa", w odwołaniu przedstawiono twierdzenia w tym zakresie, wskazując iż „Odwołujący ma również interes w tym, aby Zamawiający odtajnił i udostępnił pełną treść załączników dołączonych wyjaśnień ceny złożonych przez STANPOL. Odwołujący bez uzyskania pełnej treści wyjaśnień ceny złożonych przez STANPOL nie jest w stanie skutecznie zakwestionować prawidłowości oceny tych wyjaśnień dokonanej przez Zamawiającego, a także w dalszej kolejności zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy. Odwołujący był w stanie sformułować zarzuty jedynie w oparciu o udostępnioną mu (jawną) część wyjaśnień. Odwołujący może więc ponieść szkodę z uwagi na brak możliwości skutecznego zakwestionowania wyboru oferty STANPOL, w wyniku niezasadnego nieudostępniania mu całej treści tych wyjaśnień i załączników do wyjaśnień. Odwołujący może więc ponieść szkodę z uwagi na brak możliwości skutecznego zakwestionowania ewentualnego wyboru oferty STANPOL, w wyniku niezasadnego nieudostępniania mu całej treści tych załączników do wyjaśnień.".

Zważywszy, że nie ujawnianie zgodnie z art. 18 ust. 3 Pzp informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk stanowi wyjątek od wyrażonej w art. 18 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, art. 18 ust. 3 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, a przede wszystkim użyty w nim wyraz „informacji" – który należy rozumieć jako określoną informację, a nie dokument (w szczególności dokument zawierający określoną informację). Biorąc ponadto pod uwagę, że również w art. 11 ust. 2 uznk jest mowa o informacji, a nie o dokumencie (w szczególności o dokumencie zawierającym informację), konieczne jest stwierdzenie, że art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieujawniania określonej informacji, a nie dokumentu zawierającego tą informację.

Zamawiający może na podstawie tego przepisu nie ujawnić określonej informacji, jeżeli wykonawca zastrzegł, że ta informacja nie może być udostępniana oraz w odniesieniu do tej informacji wykazał istnienie określonych w tym przepisie okoliczności (a tym samym także w art. 11 ust. 2 uznk), tj. 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 nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nieujawnienie na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp wielu informacji jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy w odniesieniu do każdej z nich wykonawca zastrzegł, że nie może być udostępniana, i wykazał istnienie ww. okoliczności. Nie ma zaś do niego podstaw, jeżeli wykonawca nie określił, jakie informacje nie mogą być udostępniane lub gdy istnienie tych okoliczności wykazywał wyłącznie ogólnie (łącznie) w odniesieniu do wszystkich tych informacji, co do których zastrzegł, że nie mogą być udostępniane.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że w zakresie informacji zawartych w Wyjaśnieniach dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, że nie mogą być udostępniane, dotyczy określonych informacji.

W świetle treści Zastrzeżeń nie ulega natomiast wątpliwości, że Przystępujący wskazał, iż „tajemnicą przedsiębiorstwa objęte są" dokumenty oznaczone jako „Faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.", „Oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.", „Spis z natury", „Zestawienie środków trwałych" i „Faktura na zakup paliwa". Nawet gdyby uznać, że oświadczenie to stanowi dokonane przez Przystępującego zastrzeżenie, że nie mogą być udostępniane, to niewątpliwe oświadczenie to dotyczy całych tych dokumentów, a nie określonych informacji w nich zawartych. Niewątpliwe jest ponadto, że – jak wskazano w odwołaniu – „brak jest również konkretnego wskazania, jakie informacje, które rzekomo nie mogą zostać ujawnione, zawiera każdy z poszczególnych załączników".

W sytuacji, gdy każdy z tych dokumentów zawiera wiele różnych (tj. pozwalających uzyskać wiedzę o różnych

okolicznościach) informacji, w tym stanie rzeczy nie sposób jest odnieść przedstawionych w Zastrzeżeniach twierdzeń w celu wykazania istnienia ww. okoliczności określonych art. 18 ust. 3 Pzp do konkretnych informacji zawartych w tych dokumentach.

Skutkuje to koniecznością stwierdzenia, że nie wystąpiły wszystkie określone w tym przepisie okoliczności, które muszą wystąpić, aby dopuszczalne było nieujawnienie na jego podstawie wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach. W konsekwencji w zakresie tych informacji nie było podstaw do ich nieujawnienia, a Zamawiający zobowiązany był udostępnić Odwołującemu wszystkie informacje zawarte w tych dokumentach.

Wymaga przy tym wskazania, że przepisy Pzp, w szczególności art. 18 ust. 3, nie ograniczają zakresu informacji, które na podstawie tego przepisu mogą nie podlegać ujawnieniu jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk. Zakres ten jest szeroki, a w wielu orzeczeniach Izba wskazywała, jakie informacje mogą nie podlegać ujawnieniu. Jednakże uznanie, że określona informacja nie podlega na podstawie tego przepisu ujawnieniu w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie oznacza, że taka sama (a nawet ta sama) informacja nie będzie podlegała ujawnieniu w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia (i zobowiązuje) zamawiającego do nie ujawniania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastrzeże, że informacja ta nie może być udostępniana, oraz wykaże że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zarówno w zakresie informacji zawartych w dokumentach oznaczonych jako „Faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.", „Oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.", „Spis z natury", „Zestawienie środków trwałych" i „Faktura na zakup paliwa", jak i w zakresie nieujawnionych przez Zamawiającego informacji zawartych w Wyjaśnieniach, trafne było twierdzenie Odwołującego, że w Zastrzeżeniu brak jest „jakiegokolwiek szczegółowego uzasadnienia w zakresie powodów objęcia konkretnych informacji, zawartych w treści złożonych wyjaśnień oraz dołączonych do nich załączników, tajemnicą przedsiębiorstwa".

Wymaga zauważenia, że nieujawnione przez Zamawiającego informacje zawarte w Wyjaśnieniach są informacjami różnymi (pozwalającymi uzyskać wiedzę o różnych okolicznościach), a w Zastrzeżeniach nie wskazano, do których z tych informacji odnoszą się poszczególne zawarte w nich stwierdzenia czy ich fragmenty. Nie określono w nich także, które konkretne informacje zawarte w Wyjaśnieniach w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępniane, to jest „1) kalkulacje ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce – w szczególności w zakresie poszczególnych grup prac ujętych w treści" Wyjaśnień, „w tym: 2) wyliczenia kosztów w podziale na czynniki cenotwórcze (dotyczące w szczególności robocizny, materiałów, godzin pracy) – w tym ceny jednostkowe, założenia (m.in. ilościowe, kosztowe); 3) poszczególne obliczenia co do zakładanego zysku; 4) elementy założeń ofertowych; 5) informacje opisowe dotyczące kosztów ponoszonych przez Spółkę – oparte na modelu współpracy z kontrahentami, w oparciu o metodologię i doświadczenie Wykonawcy. - zakreślone na szaro w przedmiotowym piśmie." stanowią poszczególne informacje objęte zastrzeżeniem, że nie mogą być udostępniane (czyli na przykład które informacje są „kalkulacjami ceny ofertowej według klasyfikacji wewnętrznej obowiązującej w Spółce").

W świetle treści Zastrzeżeń należy przyjąć, że zdaniem Przystępującego wartość gospodarczą posiadają wszystkie informacje zawarte w Wyjaśnieniach w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępniane, oraz ww. dokumenty załączone do Wyjaśnień.

Wymaga zauważenia, że aczkolwiek niewątpliwie w Zastrzeżeniu Przystępujący wskazał czas poświęcony przez pracowników „w związku z przygotowaniem szczegółowej kalkulacji, nazewnictwa, założeń i wyliczeń", kwotę, w której „mogą oscylować" „powyższe czynności, związane z przygotowaniem kalkulacji i opracowaniem informacji, zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa", oraz „dodatkowe kwoty, składające się na potencjalną szkodę w związku z ujawnieniem metodologii, cen jednostkowych i porozumienia w zakresie istotnych warunków umów", co jak się wydaje miało wyrażać wartość gospodarczą ww. informacji i dokumentów, to z treści Zastrzeżeń nie wynika, w jaki sposób ów czas i kwoty świadczą o posiadaniu wartości gospodarczej przez poszczególne informacje zawarte w Wyjaśnieniach w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępniane czy w ww, dokumentach.

Mając na uwadze powyższe nie sposób określić, w czym wyraża się wartość gospodarcza poszczególnych informacji zawartych w Wyjaśnieniach w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępniane czy w ww. dokumentach. Jak zaś wskazano powyżej, wykonawca zobowiązany jest wykazać posiadanie wartości gospodarczej w odniesieniu do każdej poszczególnej „innej informacji, posiadającej wartość gospodarczą", której dotyczy zastrzeżenie nieudostępniania informacji, o którym mowa w art. 18 ust. 3 Pzp. W konsekwencji należało uznać, że Przystępujący nie wykazał istnienia jednej z okoliczności określonych w art. 11 ust. 2 uznk (a w konsekwencji w art. 18 ust. 3 Pzp) w odniesieniu do poszczególnych zawartych w Wyjaśnieniach informacji w zakresie których zastrzegł on, że nie mogą być udostępniane oraz informacji zawartych w dokumentach załączonych do Wyjaśnień.

Trafne było również stanowisko Odwołującego, iż - w odniesieniu do informacji, w zakresie których

Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane - w sytuacji, gdy w Zastrzeżeniach wskazano, iż „obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy ujęte są również w zawartych z nimi umowach", powinien on złożyć dowody potwierdzające tą okoliczność. Jak wskazano powyżej, art. 18 ust. 3 Pzp uprawnia do nieujawnienia informacji wyłącznie wtedy, gdy wykonawca wykazał istnienie ww. okoliczności określonych w tym przepisie (a tym samym także w art. 11 ust. 2 uznk) – w tym że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Wykazanie tej okoliczności wymaga zaś nie tylko wskazania przez wykonawcę, jakie działania podjął w takim celu, ale także przedstawienia dowodów potwierdzających podjęcie tych działań, o ile one istnieją. Nie może ulegać wątpliwości, że jeżeli wykonawca jako działanie podjęte w celu utrzymania w poufności określonych informacji wskazuje zawarcie odpowiednich postanowień w umowach zawartych z pracownikami, aby wykazać zamawiającemu podjęcie tego działania wykonawca powinien przedstawić mu te umowy.

W sytuacji, gdy Przystępujący nie załączył do Zastrzeżeń umów z pracownikami, w których „ujęte są" „obowiązki pracowników co do zachowania informacji w tajemnicy", należało uznać, iż nie zostało wykazane podjęcie opisanych w Zastrzeżeniach działań w celu zachowania w poufności informacji, co do których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, a tym samym że nie wykazał on, że spełnione jest jedno z określonych w art. 11 ust. 2 uznk wymagań dla uznania informacji za informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa - że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nią podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności – w odniesieniu do wszystkich informacji, co do których Przystępujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane. W konsekwencji nie sposób było przyjąć, że Przystępujący wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 18 ust. 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uznania, że spełnione zostały wszystkie wynikające z art. 18 ust. 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk przesłanki uprawniające do nieudostępnienia wszystkich informacji zawartych w piśmie Przystępującego datowanym na 11 września 2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentach oznaczonych jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.", „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.", „spis z natury", „zestawienie środków trwałych" i „faktura na zakup paliwa".

Zgodnie z art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 1 i 2 Pzp (jak i wynikającym z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp obowiązkiem prowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i przejrzysty) Zamawiający zobowiązany był zatem udostępnić Odwołującemu wszystkie informacje zawarte w ww. piśmie i dokumentach, a zaniechując dokonania tej czynności naruszył te przepisy.

Zważywszy, że dopiero udostępnienie rzeczonych informacji umożliwi Odwołującemu zakwestionowanie prawidłowości czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu ze względu ma zawarcie w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp mogło mieć istotny wpływ na wynik Postępowania.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz udostępnienie Odwołującemu w całości pisma Przystępującego datowanego na 11 września 2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów oznaczonych jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.", „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.", „spis z natury", „zestawienie środków trwałych" i „faktura na zakup paliwa".

Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp nie był natomiast uzasadniony w zakresie naruszenia art. 74 ust. 1 oraz art. 16 pkt 3) Pzp.

Art. 74 ust. 1 Pzp jest przepisem określającym, że protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawny i że udostępniany jest on na wniosek. Z kolei art. 16 pkt 3) Pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.

Odwołanie nie zostało wniesione na zaniechanie udostępnienia protokołu Postępowania; nie wskazano w nim jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie tych przepisów w odniesieniu do zaniechania udostępnienia pisma Przystępującego datowanego na 11 września 2024 r. oraz załączonych do tego pisma dokumentów oznaczonych jako „faktura VAT (za piasek) z 2023 r. oraz z 2024 r.", „oferta na zakup soli z 2023 r. oraz 2024 r.", „spis z natury", „zestawienie środków trwałych" i „faktura na zakup paliwa". W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia tych przepisów.

Zważywszy, że jak wynika z treści odwołania, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 244 ust. 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp został w nim przedstawiony jako ewentualny, w przypadku gdyby w zakresie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 18 ust. 1 – 3 Pzp w związku z art. 11 ust. 2 uznk w związku z art. 16 pkt 1 – 3 Pzp odwołanie nie zostało uwzględnione, a w zakresie tego zarzutu odwołanie zostało uwzględnione, Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 244 ust. 6 Pzp w związku z art. 16 pkt 1) – 3) Pzp i nie oceniała zasadności odwołania w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i 6 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części", zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „ w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw". Zgodnie z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych".

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonych do akt faktury, rachunku i potwierdzeń zleceń płatniczych, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 4.428 złotych, koszty przejazdu pełnomocnika na rozprawę w wysokości 460 złotych oraz wydatki na opłatę skarbową od złożenia dwóch pełnomocnictw w wysokości 34 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. W konsekwencji nie można zaliczyć do tych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości przekraczającej 3.600 złotych, podobnie jak wydatków pełnomocnika.

Brak było podstaw do zaliczenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego ww. kosztów dojazdu na rozprawę. W świetle treści § 5 pkt 2) lit. a) i b) ww. rozporządzenia należy uznać, że „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę", o których mowa w § 5 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia to „koszty związane z dojazdem" samej strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego, które zalicza się do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego tejże strony bądź uczestnika, jeżeli na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego, zaś „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę" pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zaliczyć należy do „wydatków pełnomocnika", o których mowa w § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy pełnomocnik ten reprezentując stronę bądź uczestnika postępowania odwoławczego świadczy na jego rzecz usługę. Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika, który – jak wynika ze złożonej do akt faktury – czyniąc to świadczył na jego rzecz usługę.

W zakresie ww. kosztów dojazdu należy ponadto stwierdzić, że jak wynika z treści rachunku złożonego do akt sprawy, wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego została obliczona jako iloczyn liczby 400 kilometrów, stanowiących odległość od Białegostoku do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych oraz stawki 1,15 zł za 1 kilometr, określonej w § 2 pkt 1) lit. b) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy.

Brak jest podstaw do przyjęcia, że koszty związane z przejazdem pełnomocnika Odwołującego na rozprawę powinny być rozliczane ryczałtowo według stawki 1,15 zł za 1 przejechany kilometr, określonej w określonej w § 2 pkt 1)

lit. b) ww. rozporządzenia. Stawka ta jest maksymalną stawką, według której pracodawca pokrywa koszty używania przez pracownika w celach służbowych do jazd lokalnych samochodów osobowych o pojemności solnika powyżej 900 cm3 niebędących własnością pracodawcy. Brak jest zaś uzasadnienia dla uznania, że pełnomocnik Odwołującego jest pracownikiem, któremu pracodawca pokrywa koszty używania samochodu osobowego niebędącego własnością pracodawcy ani iż ww. stawka znajduje zastosowanie do kosztów używania samochodu osobowego przez pełnomocnika Odwołującego do jazd innych niż jazdy lokalne, jakimi niewątpliwie są przejazdy na trasie Białystok - siedziba Urzędu Zamówień Publicznych i z powrotem.

Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, z którego wynika, że w aspekcie ponoszenia kosztów postępowania za uzasadnione uznawać należy reprezentowanie przez jednego pełnomocnika, Izba nie uznała wydatku na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa przez więcej niż jednego pełnomocnika za uzasadniony koszt Odwołującego.

Zgodnie z § 5 pkt 2) lit. b) i d) ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego rozdzielono stosunkowo – w proporcji 1/2 Odwołujący i 1/2 Zamawiający. W konsekwencji stosownie do § 7 ust. 3 pkt 1) i ust. 6 ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą równowartość 1/2 kwoty uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (tj. 7.500 złotych) oraz 1/2 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego (tj. 1.808,50 złotych), zaokrąglając ją w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:……..……