

WYROK

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2024 r. przez wykonawcę Agrobex sp. z o.o w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Rakoniewice przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa i udostępnienie wykonawcy Agrobex Sp. z o.o. – wszystkich informacji, które nie zostały udostępnione Odwołującemu, zawartych w wyjaśnieniach Constructo Sp. z o.o. z dnia 19 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami oraz w załącznikach do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r.;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 828 zł 00 gr (słownie: osiemset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) tytułem dojazdu Zamawiającego na rozprawę;

2.2. zasądza od Zamawiającego, Gminy Rakoniewice na rzecz Odwołującego, Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz 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:.....

Sygn. akt: KIO 1711/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Rakoniewice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę kompleksu edukacyjno-sportowego w Rakoniewicach o basen przyszkolny wraz z kręgielnią oraz infrastrukturą techniczną i ekonomiczną, nr ref. GG.271.20.2023.TS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00574983. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 15 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu od czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu ujawnienia dokumentów Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu i zaniechania jej odrzucenia, a także zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”), do której zdaniem Odwołującego, Zamawiający był zobowiązany, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 988/24.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. z 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej: „uznk”) w zw. z art. 74 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów bezzasadnie zastrzeżonych przez wykonawcę Constructo sp. z o.o. z

siedzibą w Lubiczu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

a.w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r.: listy podwykonawców na str. 5 wyjaśnień, zestawienia wartości serwisów materiałowych ujętych w ofertach podwykonawców na str. 7 wyjaśnień i nazw podwykonawców wymienionych w załącznikach na str. 8 wyjaśnień, zawartych w załącznikach do tych wyjaśnień informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców wykonawcy (nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), a także załączników nr: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36 i 37;

b.w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r.: załączników do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r., czyli umowy o pracę z dnia 2 stycznia 2024 r., oświadczenia podwykonawcy, listy płac I – III 2024 (poz. 8); mimo, że zastrzeżone przez Constructo sp. z o.o. informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a także wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów, które uzasadniałyby takie zastrzeżenie;

2)ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu, naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Constructo sp. z o.o., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż Constructo sp. z o.o. nie uwzględniło w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz jej istotna część składowa – stawka roboczogodziny kalkulacyjnej są rażąco niskie oraz poprzez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Constructo sp. z o.o. za wykonanie zamówienia, a w szczególności jej istotne części składowe nie jest rażąco niska.

3)ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że ww. zarzut podlega oddaleniu, naruszenie art. 224 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Constructo sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 PZP, do której to czynności Zamawiający zobowiązany był zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2024 r. sygn. akt KIO 988/24.

Podnosząc wskazane zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3)odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów objętych przez Constructo sp. z o.o. ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj.:

a.w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r.: listy podwykonawców na str. 5 wyjaśnień, zestawienia wartości serwisów materiałowych ujętych w ofertach podwykonawców na str. 7 wyjaśnień i nazw podwykonawców wymienionych w załącznikach na str. 8 wyjaśnień, zawartych w załącznikach do tych wyjaśnień informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców wykonawcy (nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), a także załączników nr: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36 i 37,

b.w odniesieniu do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r.: załączników do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r., czyli umowy o pracę z dnia 2 stycznia 2024 r., oświadczenia podwykonawcy, listy płac I – III 2024 (poz. 8),

4)ewentualnie w razie oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dot. tajemnicy przedsiębiorstwa – odrzucenia oferty Constructo Sp. z o.o.,

5)ewentualnie w razie oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dot. odrzucenia oferty Constructo – wezwanie Constructo sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień ceny ofertowej na podstawie art. 224 ust. 1 PZP.

Jak uzasadnił w odwołaniu, Zamawiający, przekazując Odwołującemu w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie ofert, załączniki do protokołu w zakresie wyjaśnień Constructo, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu, złożonych wraz z wyjaśnieniami z dnia: 1) 19 kwietnia 2024 r. - dokumentów i informacji, które zgodnie z pismem z dnia 26 kwietnia 2024 r. uznał za skutecznie objęte przez Constructo ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa; 2) 7 maja 2024 r. - załączników do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r., czyli umowy o pracę z dnia 2 stycznia 2024 r., oświadczenia podwykonawcy, listy płac I – III 2024 (poz. 8). Zastrzeżenie przez Constructo wyjaśnień i dokumentów załączonych do ww. wyjaśnień jest w ocenie Odwołującego bezpodstawne. Z faktu odtajnienia przez Zamawiającego części wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami, Odwołujący wywodzi zobowiązanie Zamawiającego do odtajnienia całości zastrzeżonych dokumentów i informacji, skoro zdaniem Agrobex Sp. z o.o. (dalej jako: „Agrobex” lub „Odwołujący”) Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenie za nieskuteczne m.in. z uwagi na fakt, że Constructo nie wykazało w wystarczający sposób wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Agrobex powołał się w tym kontekście na orzecznictwo Izby, w świetle którego Zamawiający nie ma obowiązku oceniać która z informacji i który z dokumentów stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a który nie, gdyż jest to zadanie wykonawcy. Nadto, zdaniem Odwołującego, żaden z ogólnych argumentów przywoływanych przez Constructo w uzasadnieniu utajnienia nie daje podstaw do stwierdzenia, iż ziściły się przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 2 uznk, umożliwiające zachowanie tych informacji w poufności, przede

wszystkim dlatego, że wyjaśnienia mają charakter ogólny, sztamkowy, mający użytek na gruncie każdego postępowania, Constructo nie wykazał również, że zastrzeżone informacje posiadają wartość gospodarczą (dla żadnej z zastrzeganych informacji/dokumentów nie podał wartości gospodarczej). Co więcej, według Odwołującego Constructo przedstawiło co prawda na str. 6-8 wyjaśnień jakie działania podejmuje w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności, to jednak twierdzenia o ich podjęciu i stosowaniu nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami lub przedstawione dowody w żaden sposób nie potwierdzają że mają one zastosowanie do zastrzeżonych przez Constructo kategorii informacji. To samo tyczy się również objęcia ochroną jako tajemnica przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r. Z kolei, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Constructo z uwagi na rażąco niską cenę (zarzut ewentualny), Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień prowadzącej do uznania, że oferta złożona przez Constructo nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 PZP. Zaznaczył przy tym, iż nie została mu udostępniona całość wyjaśnień ani całość załączników do wyjaśnień złożonych przez Constructo w dniu 19 kwietnia i 7 maja 2024 r., co uniemożliwia mu szczegółowe odniesienie się do wyjaśnień i załączników przedstawionych przez Constructo. Odwołujący powołał się na wydany w niniejszej sprawie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2024 r., sygn. akt 988/24, w świetle którego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 PZP, uznając, że: „Podana przez Wykonawcę Constructo stawka roboczogodziny kalkulacyjnej (25,00 zł) rodzi podejrzenie dotyczące nieuwzględnienia wszystkich kosztów zatrudnienia pracowników oraz niezgodności z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (...). Przyjmując liczbę godzin pracy w I i II półroczu 2024 r. podaną przez Wykonawcę Constructo w ww. piśmie minimalna stawka godzinowa uwzględniająca wynagrodzenie brutto pracownika i składki finansowane przez pracodawcę powinna wynieść 30,91 zł w I półroczu 2024 r. (...) oraz 30,59 zł w II półroczu 2024 r. (...)” W wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2024 r. Constructo – zdaniem Odwołującego – nie wskazał, które składniki składające się na koszty pracy zostały ujęte w kosztorysie jako koszty bezpośrednie i w jaki sposób została obliczona ich wartość, ani które z kosztów pośrednich nieujęte w kosztach bezpośrednich, a mogące być zaliczone na podstawie odrębnych przepisów do kosztów uzyskania przychodu zostały ujęte w kosztach pośrednich i w jaki sposób poszczególne pozycje zaliczone do tych kosztów zostały wyliczone. Ponadto, błędnie zdaniem Odwołującego Constructo, utożsamia przedmiar z kosztorysem ślepy. „Przedmiar nie zawiera nakładów RMS natomiast kosztorys ślepy zawiera już takie nakłady RMS. Zamawiający nie nakazując zmieniać przedmiarów nie mógł nakazać zmieniać nakładów RMS, gdyż przedmiar takich elementów nie zawiera. Ponadto należy wskazać, iż Zamawiający w przypadku przedmiarów na: Instalację wentylacji i klimatyzacji, Technologię wody basenowej, Instalacje niskoprądowe nigdy nie zamieścił przedmiarów z nakładami (kosztorysów ślepych). W przypadku niektórych przedmiarów Zamawiający oprócz przedmiarów (np. Roboty budowlane) udostępnił kosztorys inwestorski z cenami. W takim przypadku w myśl twierdzenia Constructo wszyscy wykonawcy nie powili nic zmieniać więc kosztorysy ofertowe wszystkich wykonawców powinny opiewać na tą samą kwotę. Powyższe twierdzenia Constructo nie znajdując uzasadnienia w dokumentach postępowania oraz w obowiązującym prawie, a są jedynie formułowane na potrzeby wyjaśnienia RNC w stosunku do roboczogodziny przyjętej przez Constructo w ofercie.” Jak wskazał Odwołujący, udzielając wyjaśnień w dniu 19 kwietnia 2024 r. Constructo, oświadczyło, że „wykonuje kalkulację w oparciu o stawkę roboczogodzinową 30 zł”, co pozostaje w sprzeczności z informacją podaną w złożonych wraz z ofertą kosztorysach ofertowych oraz z oświadczeniami składanymi przez tego wykonawcę w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 988/24, z których jednoznacznie wynikało, że przyjęta do kalkulacji stawka wynosi 25 zł za roboczogodzinę. Nadto, wykonawca ten utożsamia koszty zatrudnienia z kwotą wynagrodzenia brutto pracownika pomijając dodatkowe koszty pracodawcy (koszt składek finansowanych przez pracodawcę tzw. brutto pracodawcy, a także koszty: absencji chorobowej pracownika za pierwsze 33 dni nieobecności, nieobecności pracownika w pracy na urlopie wypoczynkowym, ekwiwalentu za odzież roboczą, ekwiwalentu za pranie odzieży roboczej, kosztów badań pracowników związanych ze zdolnością pracownika do wykonywania pracy, czy kosztów związanych z dostarczeniem pracownikom napojów i posiłków regeneracyjnych, wyposażenie pracownika w indywidualne środki ochrony osobistej, min. okulary ochronne, szelki ochronne, narzędzia). Odwołujący powołał się w tym zakresie na brzmienie § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 2458). Zdaniem Agrobex. wyliczenia i wzory oraz argumentacja przedstawiona przez Constructo zostały stworzone na potrzeby złożonych wyjaśnień oraz stanowią nieuprawnioną próbę zrekompensowania zaniżonej wartości kosztów pracy innymi elementami cenotwórczymi. Agrobex zauważył również, że w załącznikach nr 1 i 2 do wyjaśnień Constructo zestawiał koszty bezpośrednie poszczególnych branż, koszty budowy i zysku oraz koszty dodatkowe, które nie były uwzględnione w pozycjach kosztorysowych, a wliczono je do ceny złożonej oferty. Z „Załącznika nr 1 wynika, że Constructo kalkulowało zysk na poziomie 8,7%.

Podczas gdy z prezentowanego wzoru kalkulacji stawki roboczogodziny kosztorysowej wynika, że przyjęto zysk na poziomie 10% (vide: wzór przytoczony w lit. d pkt 8 powyżej. W załączniku nr 1 nie zostały uwzględnione m.in. koszty zarządu. Przyjęte w załącznik nr 2 koszty prowadzenia budowy są nierealne, istotnie zaniżone zostały m.in. koszt dojazdu, koszty opłat za media, przyłączy do placu budowy. Znaczne wątpliwości budzą również przyjęte przez Constructo do kalkulacji koszty związane ze skierowaniem do realizacji zamówienia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierowników robót branżowych. (...)Rynkowa stawka dla osoby pełniącej funkcję kierownika budowy znacznie przekracza podaną przez Constructo kwotę 8 000 zł – kształtuje się na poziomie średnio ponad 10.000 zł. Analogicznie w przypadku kierownika robót sanitarnych i kierownika robót elektrycznych, których rynkowe wynagrodzenie znacznie przekracza podaną przez Constructo kwotę 2000 zł miesięcznie. W załączniku nr 2 do wyjaśnień nie uwzględniono również kosztów mediów, zasilania budowy na czas budowy oraz kosztów wydziałowych np. zakładu budowlanego, kosztów zabezpieczenia BHP budowy, wynajmu czy zakupu narzędzi do wykonywania robót budowlanych). (...) wykonawca ten oprócz części zamówienia wskazanych w formularzu ofertowym zamierza również powierzyć podwykonawcom prace związane z zagospodarowaniem terenu, drogami i robotami elektrycznymi – niskie prądy. Wskazane powyżej rozbieżności i brak uwzględnienia w kosztach budowy wszystkich kosztów związanych z jej prowadzeniem budzi uzasadnione wątpliwości co do rzetelności skalkulowania przez Constructo kosztów realizacji przedmiotu zamówienia i uwzględnienia ich w cenie oferty. Odwołujący zakwestionował również wyjaśnienia przedstawione przez Constructo w dniu 7 maja 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 maja 2024 r., skoro jego zdaniem, mało prawdopodobnym jest aby podwykonawca dysponował dwoma egzemplarzami umowy o pracę datowanymi na ten sam dzień, w których wskazano dwie różne wysokości wynagrodzenia tego samego pracownika. Jeżeli zaś chodzi o koszty związane z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych to, wg Odwołującego, złożone przez Constructo wyjaśnienia nie odpowiadają na wystosowane przez Zamawiającego wezwanie, w tym brakuje podstawowej informacji, tj. informacji w jakich konkretnie pozycjach złożonych wraz z ofertą kosztorysów zostały uwzględnione koszty związane z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych. Ponadto, zdaniem Agrobex, wbrew nakazom wyroku Izby wydanego w niniejszej sprawie, Zamawiający błędnie nie wezwał Constructo do złożenia wyjaśnień ceny oferty, a jedynie do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej oraz w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, wezwanie Constructo przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień jedynie w ograniczonym zakresie daje podstawy do przypisania Zamawiającemu zaniechania wykonania wyroku Izby i do stwierdzenia, że do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej doszło z naruszeniem przepisów PZP mających wpływ na wynik postępowania.

Na rozprawie w dniu 4 czerwca 2024 r. Odwołujący wyjaśnił, iż wykazał wpływ na wynik postępowania naruszeń w zakresie zaniechania ujawnienia przez Zamawiającego wyjaśnień Constructo w zakresie rażąco niskiej ceny – wskazał, że brak dostępu do tych informacji uniemożliwia mu sformułowanie zarzutu, na co wskazano w odwołaniu. Co do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty, powołał się na odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 z 24 stycznia 2024 r., w której Zamawiający wskazał na żądanie kosztorysu szczegółowego i jego uzasadnienie, zgodnie z którym Zamawiający chce w ten sposób zweryfikować czy stawka nie odbiega od stawek rynkowych. Podkreślił, że przedstawienie w wyjaśnieniach umów o pracę przez Przystępującego, nie wykazuje realności ceny ofertowej, bo nie udowadnia, że stawki minimalne zostały ujęte w kosztorysie dot. przedmiotowego zamówienia. Zwrócił uwagę, że wyjaśnienia Przystępującego są zawarte w kosztorysach uproszczonych – poukrywanych. Co więcej, według pisma procesowego Przystępującego (str. 5) jest to wstępna wycena. Tym samym, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie powinien uznać wyjaśnień Przystępującego. Zdaniem Agrobex Sp. z o.o., w ramach wyjaśnień Przystępujący przedstawił tylko deklaracje a nie dowody. Wyjaśnił również, że kosztorys ślepy, jako pojęcie którym posługuje się Przystępujący, nie istnieje w obiegu prawnym. W postępowaniu Zamawiający posługuje się przedmiotami. Z kolei, plik ATH to tylko format, który może czytać program kosztorysowy, tak samo jak format PDF. Każdy program kosztorysowy ma wersje edycji – można zmieniać nazwy i nazwy. Nadto, w opinii Agrobex Sp. z o.o. niezrozumiale jest wyliczenie Przystępującego dotyczące stawek roboczogodziny w kwotach podanych jako 25 zł netto i 44 zł brutto. Zdaniem odwołującej Spółki, Przystępujący w ramach stawki brutto powiększa stawkę roboczogodziny o wskaźnik kosztów pośrednich, co tworzy wymaganą kwotę brutto. Według zaś Odwołującego kwota brutto powinna stanowić koszt pracownika, który ponosi pracodawca. Odwołujący zwrócił również uwagę na odpowiedź do pytania nr 30 z 26 stycznia 2024 r., która świadczy o błędnej interpretacji SWZ przez Przystępującego. Według Odwołującego serwis i konserwacja to wymiana materiałów eksploatacyjnych, które normalnie się zużywają, a nie usterka podlegająca naprawie w ramach gwarancji.

W odpowiedzi z dnia 29 maja 2024 r. na odwołanie, Zamawiający Gmina Rakoniewice wniosła o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika - według norm prawem przepisanych. Wg Zamawiającego częściowe odtajnienie informacji ofertowych Constructo odpowiada praktyce stosowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą. Jego zdaniem,

Zamawiający odtajniasc wyjaśnienia ceny zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę, jest uprawniony do zachowania tajemnicy w odniesieniu do części informacji lub dokumentów składających się na te wyjaśnienia. Takie działanie Zamawiającego było uzasadnione pismem Constructo z dnia 19 kwietnia 2024 r. pt. „Uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa” oraz przedłożonymi przez tego wykonawcę dowodami m.in.: umowami o zachowaniu poufności zawartymi z podwykonawcami i regulaminem zachowania poufności przyjętym przez wykonawcę, które zawierały klauzule zobowiązujące do poufności. Niezasadny, zdaniem Zamawiającego, jest również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 PZP, bowiem w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiła obligatoryjna przesłanka zbadania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny – przyczyną wezwania wykonawcy Constructo do wyjaśnienia ceny był wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2024 r., sygn. KIO 988/24. Constructo, w odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r. „złożył wyjaśnienia ceny, w których przedstawił wyliczenie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej oraz przedłożył kopie umów o pracę oraz listy płac potwierdzające, że wynagrodzenie pracowników mających wykonywać prace składające się na przedmiot zamówienia jest nie niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Odnośnie cen kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów wykonawca Constructo sp. z o.o. wskazał, że koszty tych materiałów przedstawiają kosztorysy podwykonawców dla branż instalacyjnych oraz technologii wykonania, które załączył do wyjaśnień (oddzielnie dla poszczególnych branż). Do wyjaśnień ceny wykonawca załączył również zbiorcze zestawienie kosztów, dokument zat. koszty ogólne budowy oraz kosztorys bezpośredni Constructo.” Zamawiający po przeanalizowaniu udzielonych przez Constructo sp. z o.o. wyjaśnień nie dopatrzył się, aby zaoferowana przez tego wykonawcę cena była rażąco niska w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, w szczególności wynika z nich, że wynagrodzenie zatrudnianych pracowników nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. „Z kolei w zakresie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów spółka Constructo sp. z o.o. przedłożyła wraz z wyjaśnieniami oferty podwykonawców, w których ujęto wartość materiałów eksploatacyjnych wykorzystywanych w przeglądach serwisowych, wymieniając dodatkowo ich wartość na str. 7 wyjaśnień. Wyjaśniła również, że nie zamieściła ceny kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych potrzebnych do przeglądów serwisowych w kosztorysie ofertowym ze względu na treść odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców odnośnie postanowień SWZ.” Ponadto, zdaniem Zamawiającego, uzasadnienia nie znajduje również ww. zarzut w kontekście niewielkich różnic w cenie ofert – różnica między ofertą Constructo sp. z o.o., a drugą ofertą o najniższej cenie złożoną przez Exalo Drilling S.A. wyniosła zaledwie 106 244,46 zł, tj. 0,64 %, natomiast w porównaniu do oferty odwołującego wyniosła 1 272 297,59 zł, tj. 7,76%. Ponadto, jak wskazał Zamawiający Odwołujący i Constructo wycenili materiały eksploatacyjne potrzebne do przeprowadzenia serwisów na zbliżonym poziomie. W opinii Zamawiającego, na uwzględnienie nie zasługuje wreszcie zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w związku z art. 16 Prawa zamówień publicznych, skoro wezwanie odzwierciedlało treść wyroku KIO z 1 kwietnia 2024 r., uwzględniając, że formułując ten zarzut Odwołujący wytknął Zamawiającemu „zaniechanie wezwania Wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w sytuacji, gdy zaoferowana przez tego wykonawcę cena w zakresie w jakim wykonawca ten nie uwzględnił w niej kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz jej istotna część składowa – stawka roboczogodziny kalkulacyjnej wydają się rażąco niskie, a zatem, jak podkreśliła Gmina Rakoniewice, Odwołujący w pierwszym odwołaniu nie kwestionował ceny całkowitej oferty, a jedynie ograniczył zarzut do dwóch składających się na nią elementów, tj. kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów oraz stawki roboczogodziny kalkulacyjnej. „Podjęta w drugim odwołaniu próba rozszerzającej interpretacji rozstrzygnięcia zawartego w pkt 2 wyżej wymienionego wyroku zmierza do obejścia normy zawartej w art. 555 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.” Dodatkowo, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający wyjaśnił, iż w jego ocenie nie musiał wskazywać konkretnego miejsca kosztorysów Przystępującego, gdzie wyceniono materiały eksploatacyjne. Dodał, że w kosztorysach dołączonych do wyjaśnień Constructo, tj. załączniki nr 25, 28, 29, 30, 31, 35 i 36 na ich ostatnich stronach są pozycje, w których wyceniono materiały eksploatacyjne do serwisu w poszczególnych branżach, zatem wartości zostały wyodrębnione.

Do postępowania odwoławczego wpłynęło zgłoszenie przystąpienia przez Constructo Sp. z o.o. w Lubiczu po stronie Zamawiającego. W piśmie z dnia 3 czerwca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia wyjaśnień Przystępującego podniósł, iż Odwołujący formułując ten zarzut nie wykazuje jednocześnie, a jest do tego zobowiązany, że uwzględnienie tego zarzutu może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wskazał, że skoro Zamawiający częściowo odtajnił te dokumenty, to w sposób rzetelny dokonał badania zasadności zastrzeżenia. Jego zdaniem, skoro to Zamawiający ocenia skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa to może on bądź potwierdzić skuteczność w całości, w części bądź uznać, że Przystępujący nie sprostował zastrzeżeniu. Wyjaśnił również, że na możliwość częściowego odtajniania informacji

zawartych w ofertach wskazuje też orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem Przystępującego, dokonał wyszczególnienia grup informacji o istotnym dla niego znaczeniu gospodarczym i przedstawił skutki, jakie może nieść za sobą ich ujawnienie (vide strona od 7 do 9 pisma Przystępującego z dnia 19 kwietnia 2024 r.) oraz opisał mechanizm wykorzystywany w ramach struktury spółki do zachowania tychże informacji w tajemnicy. Stąd, w jego ocenie, wyjaśnień nie można uznać jako nazbyt ogólnych czy tym bardziej nieopartych żadnymi dowodami. Powołał się na orzecznictwo Izby, w świetle którego – jego zdaniem – skoro dokumenty (co także wprost wynika z treści pisma Przystępującego z dnia 19 kwietnia 2024 r.) przedłożone zawierają m.in. informację dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia, zasady współpracy pomiędzy Przystępującym a jego kontrahentami oraz dane dotyczące kalkulacji cenowej uznać je należy z całą pewnością za informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa. Jego zdaniem, wszystkie określone w uzkn przesłanki zachowania informacji w poufności zostały przez Przystępującego wypełnione. Wskazał również na niezasadność stanowiska Odwołującego w zakresie zarzutów ewentualnych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych i terminowo został uiszczony wpis od odwołania w wymaganej wysokości. Odwołanie nie podlega również odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała także, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący, w niniejszym postępowaniu złożył ofertę. Jak podniósł, nieprawidłowości Zamawiającego, tj. zaniechanie wezwania wykonawcy Constructo sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz zaniechanie zweryfikowania tych wyjaśnień, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy miały wpływ na wynik postępowania i pozbawiły Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia. W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, w tym: w tym oferta Constructo Sp. z o.o. z ceną brutto 16.376.000,00 zł, oferta Exalo Drilling S.A. z ceną brutto 16.482.244,46 zł, oferta Agrobex Sp. z o.o. z ceną brutto 17.648.297,69 zł oraz oferta Projprzem Budownictwo Sp. z o.o. z ceną brutto 18.953.498,11 zł. M.in. oferty Exalo Drilling S.A. oraz Projprzem Budownictwo sp. z o.o. zostały odrzucone. Kryterium oceny ofert stanowiła cena (60 pkt) oraz okres gwarancji jakości, przy czym przy ocenie gwarancji jakości punktowany jest okres gwarancji nie krótszy niż 36 miesięcy i nie dłuższy niż 60 miesięcy – oferta proponująca okres gwarancji krótszy niż 36 miesięcy otrzyma 0 pkt, zaś oferta proponująca okres gwarancji 60 m-cy lub dłuższy okres gwarancji otrzyma maksymalnie 40 punktów. W każdej z ofert zaoferowano 60 miesięcy okresu gwarancji. Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 maja 2024 r., oferta złożona przez Odwołującego znajduje się na drugim miejscu rankingu ofert pod kątem ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert – z punktacją 95,68 zł, za najkorzystniejszą została zaś uznana oferta Constructo sp. z o.o. – z punktacją 100 pkt. Jak wskazał Odwołujący, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę – polegającą na uniemożliwieniu mu uzyskania zamówienia. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 PZP.

Do niniejszego postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – skutecznie przystąpił Constructo Sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu (dalej jako: „Constructo” lub „Przystępujący”).

Przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem V Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) jest rozbudowa kompleksu edukacyjno-sportowego w Rakoniewicach o basen przyszkolny wraz z kręgielnią oraz infrastrukturą techniczną i komunikacyjną, w szczególności: a) Drogi, Parking b) Zagospodarowanie terenu c) Branża budowlana d) TUW e) Przyłącza Wod Kan f) Instalacje Wod Kan i CO g) Kociołnia h) Instalacja Wentylacji i Klimatyzacji i) Instalacje Elektryczne j) Instalacje Niskoprądowe. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (dokumentacja techniczna) – stanowiące Załącznik nr 6 do SWZ. Jak stanowi Rozdział XX ust. 1 i ust. 3, cena oferty (brutto) jest ceną kosztorysową i obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia – ostateczne rozliczenie poszczególnych robót nastąpi w oparciu o ich ceny jednostkowe wynikające z kosztorysu ofertowego i rozliczenie faktycznie wykonanych robót. Od wykonawcy wymagane jest szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia i skalkulowanie ceny oferty z należytą starannością (ust. 2). Zamawiający zobowiązał wykonawców do uwzględnienia w swojej ofercie przewidywalny wzrost cen materiałów, paliw, energii itp. oraz innych kosztów mogących mieć miejsce w czasie realizacji umowy (ust. 5). Dodatkowo, Zamawiający w SWZ zastrzegł, iż: „W cenie oferty należy ująć wszystkie roboty i usługi niezbędne do wykonania i przekazania do eksploatacji przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, a których nie ujęto w odrębnych pozycjach przedmiaru robót. Wykonawca winien ująć ww. koszty w cenach jednostkowych pozycji opisanych w przedmiarach robót. W cenie oferty powinny znaleźć się m.in. koszty sporządzenia dokumentacji powykonawczej wykonanych robót (projekt budowlany powykonawczy oraz inwentaryzacja geodezyjna przedsięwzięcia), sporządzenia planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, urządzenia i zagospodarowania placu budowy oraz jego zabezpieczenia, odtworzenia i przywrócenia do stanu pierwotnego terenów, na których prowadzone będą prace budowlane, pokrycia szkód powstałych na skutek realizacji inwestycji, a wynikających z winy Wykonawcy, inne

koszty, które zdaniem Wykonawcy trzeba ponieść w związku z realizacją zamówienia)." (ust. 11). „Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego integralną część niniejszej specyfikacji, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a także innych danych zgromadzonych m.in. podczas wizji lokalnej terenu budowy. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą uproszczoną tzn. musi zawierać w każdej pozycji zgodną z przedmiarami robót: liczbę porządkową, opis pozycji i ilość jednostek oraz cenę jednostkową netto pozycji i wartość netto pozycji." (ust. 10).

Termin realizacji zamówienia: 11 miesięcy od dnia podpisania umowy (Rozdział VI ust. 1 SWZ).

Zamawiający, działając na podstawie art. 95 PZP, określił w Rozdziale XXIV SWZ, wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę, na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, wskazując, że wymogiem jest zatrudnienie przy realizacji zamówienia, na podstawie umowy o pracę osoby, które będą wykonywać czynności w zakresie prac fizycznych ogólnobudowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem, tj.: roboty rozbiórkowe i odtworzeniowe, roboty ziemne, roboty montażowe.

Zgodnie z postanowieniem § 1 ust. 2 wzoru umowy, wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi normami oraz oddania przedmiotu umowy Zamawiającemu w terminie w niej uzgodnionym. W § 2 wzoru umowy zostały powtórzone przywołane wyżej postanowienia Rozdziału XX SWZ co do wynagrodzenia kosztorysowego i konieczności uwzględnienia w jego wysokości wszelkich kosztów wykonawcy.

Dnia 22 stycznia 2024 r., Zamawiający dokonał zmiany ww. ust. 10 Rozdziału XX SWZ poprzez nadanie mu brzmienia:

„Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego integralną część niniejszej specyfikacji, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, a także innych danych zgromadzonych m.in. podczas wizji lokalnej terenu budowy. Należy sporządzić szczegółowy Kosztorys ofertowy.”

W odpowiedzi na pytanie 5, dnia 24 stycznia 2024 r., Zamawiający wskazał: „Kosztorys wykonać jako szczegółowy zgodnie z załączonym przez Zamawiającego przedmiarem. Kosztorys uproszczony uniemożliwia prawidłowe rozliczenie zadania oraz wycenę w przypadku wystąpienia robót zamiennych i dodatkowych. Zamawiający ma prawo wymagać od oferenta przedstawienia kosztorysu szczegółowego. Przedstawiony przedmiar robót jest wystarczający do wykonania takiego kosztorysu. Wykonując na jego podstawie kosztorys szczegółowy automatycznie pojawi się wykonywanym kosztorysie wartość robocizny, materiału i sprzętu. Nie jest to żadna niedogodność ponieważ z kosztorysu szczegółowego można wykonać również kosztorys oparty na cenach jednostkowych. Zawarte w żądaniu wykonanie kosztorysu szczegółowego ma na celu możliwość weryfikacji przez zamawiającego czy przyjęte przez oferenta stawki RMS w sposób rażący nie odbiegają od średniej krajowej ogłaszanej w sekocenbudzie.”, zaś w odpowiedzi na pytanie 24, że: „Przedstawiony przedmiar robót obejmuje wszystkie prace które należy wykonać dla prawidłowego wykonania zamówienia objętego zamówieniem publicznym. Przedmiar nie podlega weryfikacji ponieważ został wykonany na podstawie projektu technicznego dla zadania objętego zamówieniem publicznym. Mając na względzie powyższe wszyscy oferenci posługiwać się będą tym samym przedmiarem robót co skutkować będzie, że w przedstawionej ofercie figurować będzie taki sam zakres robót. Jeżeli oferent po zapoznaniu się z projektem stwierdził, że w kosztorysie nie uwzględniono niektórych robót informuje o tym fakcie Zamawiającego, który kosztorysuje te pozycje i przekazuje do wiadomości wszystkim potencjalnym oferentom. Nie ma więc mowy żeby oferenci przedstawili jakkolwiek inną wersję kosztorysu ofertowego, skoro każdy z nich posługiwać się będzie tym samym przedmiarem. Po wykonaniu zadania wykonawca przedstawi kosztorys powykonawczy w którym zostaną ujęte ewentualne prace dodatkowe (zweryfikowane na etapie wykonawstwa przez inspektora nadzoru). Prace te później będą wykazane w kosztorysie różnicowym przedstawionym wraz z kosztorysem powykonawczym.”

Z kolei, w odpowiedzi do pytania nr 30 z 26 stycznia 2024 r. Zamawiający wskazał, że ze względu na brak KNR do prac serwisowych (koszty gwarancji dla poszczególnych instalacji) należy pozycje dodać jako kalkulacja własna.

Constructo w ofercie złożonej w postępowaniu wskazał na cenę brutto 16.376.000,00 zł, w tym netto 13.313.821,14 zł + 23% VAT. Oświadczył, że zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom następujące części zamówienia: Roboty budowlane, Technologia basenu, Instalacje sanitarne, Instalacje elektryczne. Wskazał, że nazwy podwykonawców nie są znane na tym etapie. Oświadczył, że oferta nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które nie mogą być udostępniane. Do oferty dołączył kosztorysy ofertowe (dalej jako: „KO”) dotyczące poszczególnych elementów zamówienia, tj. KO dotyczący robót budowlanych, KO dot. zagospodarowania terenu, KO dot. dróg, KO dot. instalacji sanitarnych wewnętrznych wod-kan., c.o., KO dot. kotłowni gazowej, KO dot. przyłączy, KO dot. klimatyzacji i wentylacji, KO dot. technologii basenu, KO dot. instalacji elektrycznej i KO dot. instalacji niskoprądowych.

Pismem z dnia 14 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, przy czym poprawienie nie

powoduje istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie dotyczyło kalkulacji zawartych w kosztorysach w zakresie przyjętej ilości robót i ich wartości z uwzględnieniem zaoferowanej przez Constructo ceny.

Dnia 15 marca 2024 r. Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do złożenia w terminie 5 dni aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z informacją z dnia 19 marca 2024 r., znak GG.271.20.6.2023.TS, jako najkorzystniejszą Zamawiający wybrał ofertę Constructo.

Wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 988/24, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie złożone przez Agrobex Sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uznając je za zasadne w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Lubiczu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w trybie art. 224 ust. 1 PZP, w tym do złożenia wyjaśnień w zakresie stawki roboczogodzinnej kalkulacyjnej oraz w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów. W związku z powyższym, dnia 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej Constructo i przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2024 r., znak GG.271.20.6.2023.TS Zamawiający wezwał Constructo, na podstawie art. 224 ust. 1 PZP, „do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów odnośnie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych: 1) w zakresie stawki roboczogodziny kalkulacyjnej podanej w ofercie wraz z dokumentami w postaci umów o pracę lub list płac potwierdzającymi wysokość wynagrodzenia pracowników przyjętą na potrzeby kalkulacji ceny oferty, oraz 2) w zakresie uwzględnienia w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach prowadzonych serwisów.”

Dnia 19 kwietnia 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia informując m.in., że: „1. Zastosowane stawki roboczogodziny na potrzeby kalkulacji są zgodne ze minimalnym wynagrodzeniem za pracę w myśl „Rozporządzenia w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024r.”, jak również zgodne ze stawką roboczogodzinową kosztorysową w myśl „Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych”. 2. W cenie oferty uwzględniono w cenie kosztów związanych z zapewnieniem materiałów eksploatacyjnych w ramach serwisów.”

Do wyjaśnień dołączono załączniki, których nazwy zostały w części od pkt 5 i nast. utajnione przez Zamawiającego: tj, zestawienie zbiorcze kosztów, koszty ogólne budowy, kosztorys - koszt bezpośredni Constructo, regulamin zachowania poufności, oferty i kosztorysy podwykonawców, umowy o zachowaniu poufności, oświadczenia podwykonawców, umowy o zatrudnienie pracowników itp.

Jednocześnie, Przystępujący zastrzegł, że wyjaśnienia oraz dowody powołane w treści wyjaśnień, jak również załączone do wyjaśnień, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W treści uzasadnienia zastrzeżenia przywołał treść ww. regulacji oraz orzecznictwo sądowe i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a także zawarł ogólne rozważania na temat przesłanek uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując że w owym przypadku spełnione zostały wszystkie przesłanki, uzasadniające objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W ramach szczegółowego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał, iż m.in.:

1. „Wartość gospodarczą posiadają dla przedsiębiorcy te dane, które dotyczą m.in. polityki finansowej, obrazują jej zobowiązania względem kontrahentów (podwykonawców), dotyczą wiarygodności, odnoszą się do inwestycji czy oszczędności. Wartość gospodarczą mają więc wszelkie informacje, jakie dotyczą szeroko rozumianego gospodarowania przez firmę jej mieniem, w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą. (...) nie powinny być udostępniane podmiotom konkurencyjnym, ponieważ mogą stanowić dla nich źródło informacji o charakterze biznesowym, a ich ujawnienie mogłoby narazić spółki na straty. (...) Wykonawca zastrzega wyjaśnienia, w których wskazany został szczegółowy sposób kalkulacji zaoferowanej ceny oraz dowody na potwierdzenie, że zaoferowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, że wyjaśnienia przedstawiają konieczne elementy prawidłowej realizacji zamówienia i zawierają informacje w szczególności w zakresie sposobu zarządzania, kosztów ogólnozakładowych. Informacje te bezsprzecznie posiadają wartość gospodarczą, ponieważ dają potencjalnym konkurentom wiedzę na temat funkcjonowania przedsiębiorstwa Constructo. Wykonawca Constructo podczas wieloletniej współpracy wypracowało sobie mechanizmy w zakresie sposobu wyceny zamówień, obejmujących nie tylko stricte roboty budowlane, ale również dostawy materiałów eksploatacyjnych i koszty serwisów. (...) Zatem informacje te stanowią niezaprzeczalnie informację o charakterze organizacyjnym i sposobów zarządzania. Zastrzeżone informacje mają dla Constructo istotną wartość zarówno w wymiarze majątkowym, a nawet czysto finansowym, jak również gospodarcze znaczenie informacji i wpływ na interes gospodarczy Wykonawcy. (...) Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają informacje mające istotny wpływ na proces

związany z realizacją zamówienia, a w tym na wdrożone usprawnienia w zakupie materiałów budowlanych, realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców. (...) zawierają one w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Constructo. Będąc w posiadaniu informacji na temat czynników wpływających na obniżenie kosztów, czy inne elementy cenotwórcze, a tym samym ich wpływu na ustalone przez Constructo ceny oferty, konkurenci mogliby je wykorzystać celem osłabienia pozycji rynkowej Constructo, co miałyby negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania, także w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot. (...) Wobec powyższego, ujawnienie danych zawartych w zastrzeganym przez Constructo dokumencie, mogłoby w istotny sposób wpłynąć na możliwość uzyskania kolejnych zamówień, a w dalszej perspektywie na rentowność jego działalności. Nie powinno być więc wątpliwości, że ujawnienie tego rodzaju informacji mogłoby wyrządzić Constructo, nieodwracalną szkodę, a przede wszystkim wpłynąć negatywnie na jej pozycję na rynku. (...) Zastrzeżone informacje mają rzeczywistą i wymierną wartość gospodarczą w zakresie wykraczającym poza ramy niniejszego postępowania. Każda z zastrzeżonych informacji w zaprezentowanej konfiguracji, połączeniu, zestawieniu, posiada dla Wykonawcy wartość gospodarczą - pozwala mu skutecznie konkurować na rynku z innymi podmiotami."

2., „Wykonawca wskazuje i podnosi, że podjął działania w celu zachowania poufnego charakteru zastrzeżonych informacji poprzez zawarcie z osobami zaangażowanymi w przygotowanie oferty i kontakty z oferentami oraz ze swoimi partnerami biznesowymi porozumień, zobowiązań i klauzul o zachowaniu poufności. Krąg podmiotów i osób, które mają dostęp do informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, jest w organizacji wykonawcy ograniczony i kontrolowany."

3., „Zastrzeżone informacje nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, bo nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej, w szczególności nie są informacjami ogólnodostępnymi na stronach internetowych, nie znajdują się w katalogach podmiotów uczestniczących w procesie przygotowania oferty."

Do pisma uzasadniającego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dołączono: Załącznik nr 2 - Regulamin zachowania poufności z dnia 5 lipca 2023 r. oraz Załącznik nr 3 – zobowiązanie do zachowania poufności pracowników – wzór.

W piśmie z dnia 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający stwierdził, że nie wszystkie dokumenty bądź nie całość dokumentów, co do których wykonawca zgłosił zastrzeżenie ich utajnienia zawiera rzeczywiście informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk lub wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że dokumenty objęte zastrzeżeniem faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W związku z powyższym poinformował Przystępującego, że uznaje za bezskuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny z dnia 19 kwietnia 2024 r. (za wyjątkiem listy podwykonawców na str. 5 wyjaśnień, zestawienia wartości serwisów materiałowych ujętych w ofertach podwykonawców na str. 7 wyjaśnień i nazw podwykonawców wymienionych w załącznikach na str. 8 wyjaśnień) oraz załącznikach do tych wyjaśnień - z wyłączeniem informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców wykonawcy (nazw i danych kontaktowych oraz danych osobowych osób kontaktowych), a także załączników obejmujących oferty, kosztorysy i oświadczenia dołączone do ofert bądź kosztorysów podwykonawców lub dostawców, tj. za wyjątkiem załącznika nr: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36 i 37. Zamawiający zaznaczył przy tym, iż ww. dokumenty w większości zawierają informacje i kalkulacje przedstawione wcześniej przez samego Przystępującego w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 r. pt. „Sprzeciw Przystępującego wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”, co do którego wykonawca nie zastrzegł tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu odwoławczym prowadzonym w sprawie sygn. KIO 988/24. Zatem, wobec ich ujawnienia nie mają one już charakteru poufnego. „Ponadto, wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny, a jedynie ograniczył się do ogólnych wywodów, o tym czym jest wartość gospodarcza tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wskazując jednak jaka jest to konkretnie wartość w odniesieniu do zastrzeżonych informacji ani z czego ona wynika. Z kolei uznanie nieskuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnienia ceny z 19.04.2024 r. podyktowane jest tym, że za tajemnicę przedsiębiorstwa mogłyby zostać uznane jedynie poszczególne informacje zawarte w dokumentach będących załącznikami, a nie całe dokumenty."

Pismem z dnia 2 maja 2024 r., Constructo został wezwany na podstawie art. 224 ust. 1 PZP do: „wyjaśnienia rozbieżności między wynagrodzeniem pracownika (3 600 zł brutto) podanym w umowie o pracę z dnia 02.01.2024 r. stanowiącej drugi dokument załącznika nr 38 (str. 67) do Wyjaśnień ceny z dnia 19 kwietnia 2024 r., a wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w 2024 r."

W ramach odpowiedzi pismem z dnia 7 maja 2024 r., Przystępujący wskazał na dodatkowe wyjaśnienia oraz zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa dotyczącą dowodów powołanych w treści wyjaśnień, jak również załączonych do wyjaśnień. Do wyjaśnień dołączył 3 załączniki w postaci umowy o pracę, listy płac i oświadczenia podwykonawcy. W tym wypadku, na uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał jedynie na treść art. 11 ust. 2 uznk oraz jego

interpretację.

W świetle informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 maja 2024 r., znak GG.271.20.7.2023.TS, w wyniku ponownego badania i oceny ofert – w związku z unieważnieniem pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z wyrokiem KIO z 11 kwietnia 2024 r., sygn. KIO 988/24, Zamawiający, jako najkorzystniejszą, wybrał ofertę Constructo.

Pismem z dnia 10 maja 2024 r. Odwołujący zawniósł do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów, w tym protokołu postępowania ze wszystkimi załącznikami. Dokumenty te zostały udostępnione Odwołującemu dnia 13 maja 2024 r., z wyłączeniem tych, które Zamawiający uznał za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności, Odwołującemu udostępnione zostały – pismo pt. Uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w całości, wyjaśnienia ceny z dnia 19 kwietnia 2024 r. z utajnionymi fragmentami dot. listy podwykonawców na str. 5 wyjaśnień, zestawień wartości serwisów materiałowych ujętych w ofertach podwykonawców na str. 7 wyjaśnień i nazw podwykonawców wymienionych w załącznikach na str. 8 wyjaśnień (utajnione zostały nazwy załączników począwszy od zał. nr 5), załączniki nr 1, 2, 3, 4, 11, 12, 15, 19, 27, 33 (z wyłączeniem informacji identyfikujących osoby fizyczne, podwykonawców lub dostawców wykonawcy, a także załączników obejmujących oferty, kosztorysy i oświadczenia dołączone do ofert bądź kosztorysów podwykonawców lub dostawców, tj. za wyjątkiem załącznika nr: 5, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 16, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36 i 37) oraz odpowiedź Constructo z dnia 7 maja 2024 r. na dodatkowe wezwanie Zamawiającego (bez załączników).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, na fakty tam powołane:

1) dokumentację przekazaną przez Zamawiającego zarówno w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która wpłynęła do akt sprawy w dniu 31 maja 2024 r., w szczególności:

- Ogłoszenie o zamówieniu,
- SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami,
- Oferty wykonawców,
- Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wraz z odpowiedzią,
- Informacja z otwarcia ofert,
- Zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 19 marca 2024 r.
- Zawiadomienie z dnia 12 kwietnia 2024 r. o unieważnieniu wyboru oferty,
- Wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,
- Wyjaśnienia Constructo w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z uzasadnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa,
- Wezwanie z dnia 2 maja 2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień wraz z odpowiedzią,
- Zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty,
- Wniosek Agrobex o udostępnienie dokumentów,
- Protokół postępowania.

2) Dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- Wyciąg z dokumentacji postępowania,
- Wydruk ze strony internetowej związku zawodowego Budowlani.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia na wniosek Agrobex Sp. z o.o., wskazanych w odwołaniu, dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Constructo sp. z o.o. jest nieuprawnione i jako takie narusza art. 18 ust. 1-3 PZP w zw. z art. 16 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 ust. 2 PZP. Izba przyjęła jako zasadną ocenę Odwołującego, iż w istocie uzasadnienie objęcia wyjaśnień Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa ma charakter „ogólny, sztamkowy, mający użytek na gruncie każdego postępowania”.

Przesłanki objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk, nie zostały spełnione w przypadku informacji podanych przez Constructo, a bynajmniej nie zostały przez niego wykazane. Dla porządku jedynie wypada przypomnieć, iż zgodnie z przywołaną regulacją uznk, 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.

Constructo nie wskazał, które informacje zostały zastrzeżone jako informacje techniczne, które są informacjami technologicznymi, czy też organizacyjnymi przedsiębiorstwa, ani które należy odczytywać w kategoriach innych, posiadających wartość gospodarczą.

Przed wszystkim jednak, w ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji – nie przedstawił Zamawiającemu w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu, zaś w wyjaśnieniach wskazał jedynie na ogólne

rozważania dotyczące wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji bez ich odniesienia do stanu faktycznego sprawy. Innymi słowy, nie skonkretyzował na czym polega wartość gospodarcza tych informacji w przedmiotowym stanie faktycznym. Podkreślić należy, iż Izba nie może orzekać w oparciu o deklaracje strony lub uczestnika postępowania. Tak samo, Zamawiający nie powinien opierać się na deklaracjach, w sytuacji gdy przepis prawa wyraźnie wymaga wykazania (udowodnienia) danej kwestii przez wykonawcę w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że tajemnica przedsiębiorstwa ma charakter obiektywny, toteż nie można przy jej zastrzeganiu brać pod uwagę wyłącznie subiektywnych odczuć przedsiębiorcy, zainteresowanego nieujawnianiem jakichkolwiek faktów ze sfery prowadzonej działalności gospodarczej. Dlatego też, przepis art. 18 ust. 3 PZP wymaga od wykonawcy wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie zadeklarowania czy też tylko uprawdopodobnienia. Przystępujący zastrzegł całość wyjaśnień wraz z załącznikami – nie odnosząc się do konkretnych informacji, danych w nich zawartych. Podkreślić należy, iż jednolite jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej co do tego, że wadliwym jest zastrzeżenie przez wykonawców dokumentów w całości – regulacja w tym zakresie pozwala wszak na zastrzeżenie jedynie konkretnych informacji (zob. wyr. z 15 maja 2023 r., sygn. KIO 1210/23). Już choćby z tego względu zastrzeżenie uczynione przez Constructo należało uznać za bezskuteczne – co do całości dokumentacji. Izba przyjmuje jako własne stanowisko wyrażone w wyroku Izby z 4 kwietnia 2023 r. (sygn. KIO 783/23), zgodnie z którym: „Problem nieuprawnionego i niezasadnego zastrzegania przez wykonawców dokumentów ofertowych poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi istotny element systemu zamówień publicznych. Narzędzie to bowiem wielokrotnie jest wykorzystywane przez wykonawców jako sposób do uniemożliwienia innym uczestnikom postępowania zweryfikowania prawidłowości złożonych dokumentów. Takie działanie nie może być aprobowane. Realizacja zadań publicznych przejawiająca się m.in. w dysponowaniu środkami publicznymi, wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy i umożliwienia jak najpełniejszej weryfikacji składanych przez wykonawców oświadczeń i dokumentów.” Uzasadnienie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami nie jest przekonujące. Constructo, w szczególności:

- 1.wskazał, że ujawnienie tych informacji mogłoby narazić spółkę na straty – lecz nie wyjaśnił i nie wykazał, w jaki sposób i na jakiego rodzaju straty;
- 2.nie wyjaśnił Zamawiającemu, które informacje dotyczą sposobu zarządzania przedsiębiorstwem i jaką wartość gospodarczą przedstawiają;
- 3.wskazał, że wypracował mechanizmy wyceny, ale nie uprawdopodobnił nawet że zastosował je na gruncie przedmiotowego zamówienia ergo że wyjaśnienia mogłyby je ujawnić, ani nie skonkretyzował, w którym miejscu wyjaśnień zostały te mechanizmy wykorzystane;
- 4.wskazał, że zastrzeżone informacje mają istotną wartość zarówno w wymiarze majątkowym, a nawet czysto finansowym, jak również gospodarcze znaczenie informacji i wpływ na interes gospodarczy Wykonawcy – lecz nie skonkretyzował tego oświadczenia;
- 5.wskazał, że informacje zawierają w sobie dane, które mogą służyć konkurencji do kształtowania własnej strategii działania ze szkodą dla Constructo – lecz nie wskazał, które to dane i w jaki sposób może to zaszkodzić Przystępującemu oraz jak dane dot. Przystępującego mogą ukształtować strategię biznesowe konkurentów;
- 6.wskazał, że będąc w posiadaniu informacji na temat czynników wpływających na obniżenie kosztów, czy inne elementy cenotwórcze, a tym samym ich wpływu na ustalane przez Constructo ceny oferty, konkurenci mogliby je wykorzystać celem osłabienia pozycji rynkowej Constructo, co miałyby negatywny wpływ na możliwość realnego i uczciwego konkurowania, także w toku ubiegania się o udzielenie innych zamówień obejmujących taki sam lub zbliżony przedmiot – lecz nie skonkretyzował tego ryzyka, w szczególności nie wskazał jak konkurencji mogliby wykorzystać te dane, w jaki sposób mogłoby to osłabić pozycję rynkową Constructo, wpłynąć na możliwość pozyskiwania zamówień i rentowność przedsiębiorstwa, czy też poniesienie nieodwracalnej szkody oraz których konkretnie informacji to dotyczy;
- 7.nie przedstawił żadnych dowodów na posiadanie wartości gospodarczej ww. informacji, ani na choćby potencjalną możliwość czy zamiar wykorzystania tych informacji przez konkurentów.

Izba poddała analizie treść zastrzeżonych dokumentów (informacji) i nie znalazła w nich danych pozwalających na zbudowanie przewagi rynkowej konkurentom, czy też narażenie Przystępującego na straty, czy wręcz nieodwracalną szkodę. W szczególności, wskazać należy, że w wyjaśnieniach wymienia się firmy podwykonawców, które i tak zostaną ujawnione w związku z ew. wyborem oferty najkorzystniejszej. Nawet zaś, gdy Zamawiający nie dokona wyboru oferty Constructo jako najkorzystniejszej, to wskazana lista – w zakresie doboru podwykonawców oraz ich kalkulacji – jest użyteczna tylko na gruncie przedmiotowego postępowania, zatem brak jest możliwości wykorzystania tych danych do osłabienia pozycji rynkowej Constructo, a bynajmniej wykonawca takiej okoliczności nie wykazał. Izba uznała, że wiedza na temat firm podwykonawców i ich kalkulacji pomoże zweryfikować innym wykonawcom, w tym Agrobex Sp. z o.o. wiarygodność wyjaśnień, toteż może mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest zatem tak, jak podnosi Przystępujący,

że firmy podwykonawców nie mają żadnego znaczenia w kwestii badania rażąco niskiej ceny. Podobnie jest co do zestawienia wartości serwisów materiałów eksploatacyjnych ujętych w ofertach podwykonawczych – które mają znaczenie tylko na gruncie realizacji niniejszego zamówienia o ściśle określonych parametrach. Założenia co do kosztów roboczogodziny oraz całość kalkulacji zostały przyjęte na potrzeby przedmiotowego postępowania, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Z treści oświadczeń podwykonawców wynikają jedynie ogólne ustalenia lub zobowiązania podwykonawców związane z realizacją przedmiotowego zadania. Umowy o zachowanie poufności – mają standardową treść i w zasadzie „ujawniają” wyłącznie prawa i obowiązki stron w zakresie ochrony pewnych danych, nie wiadomo zatem, w jaki sposób ich udostępnienie mogłoby narazić Constructo na straty. Warto również zwrócić uwagę, iż w świetle treści tych umów, określone w nich zobowiązanie stron do zachowania tajemnicy, nie ma zastosowania do informacji, których obowiązek ujawnienia uprawnionym do tego organom wymiaru sprawiedliwości lub organom administracji publicznej wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa – tym samym wyłączenie z obowiązku poufności dotyczy konieczności ujawnienia tych informacji przez Zamawiającego zgodnie z przepisami art. 18 PZP (zob. pkt 3.1. lit. c umowy stanowiącej załącznik nr 11 do wyjaśnień z dnia 19 kwietnia 2024 r.). Z kolei, w umowach o pracę pracowników zatrudnionych przez podwykonawców – podwykonawcy sami zadbali o utajnienie wrażliwych danych, np. miejsc zamieszkania, PESELi poprzez ich zaciernienie lub zakrycie. W pozostałym zakresie, informacje te obejmują w zasadzie wyłącznie dane na temat długości trwania umowy, stanowiska i wynagrodzenia pracowników podwykonawcy – których ujawnienie, trudno sobie wyobrazić – by mogło zaszkodzić Przystępującemu.

Z kolei, w piśmie Przystępującego z dnia 7 maja 2024 r., na próżno szukać uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, chyba że takim uzasadnieniem wg Przystępującego miało być wskazanie na treść art. 11 ust. 2 uznk oraz jego niezwykle krótką interpretację.

W piśmie złożonym w postępowaniu przed Izba z dnia 3 czerwca 2024r. Przystępujący wskazał, iż: „obowiązek „wykazania”, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa polega przede wszystkim na przedstawieniu przez wykonawcę konkretnych okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek wymaganych do uznania danych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazywane przez wykonawcę okoliczności muszą być rzeczowe, wiarygodne, spójne i konkretne na tyle, aby umożliwiały dokonanie oceny zastrzeganych informacji w kontekście art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Obowiązek „wykazania” obejmuje przedstawienie, stwierdzenie, pokazanie, dowiedzenie okoliczności, na potwierdzenie zaistnienia (spełnienia) przesłanek, określonych w art. 11 ust. 2 ww. ustawy.”. Zaskakujące jest, iż sam Przystępujący rozumie te obowiązki – a ich nie wypełnił.

Izba pragnie podkreślić, iż obowiązek wykazania przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 uznk ciąży na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa i jego spełnienie powinni być zawsze gruntownie analizowane z pkt widzenia zasadności utajnienia tych informacji wbrew zasadzie jawności postępowania. W szczególności, w orzecznictwie Izby podnosi się, że okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki dany wykonawca skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia jego interesów i zmniejszenia przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, wobec tego wykonawca musiałby wykazać, dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego konkretnego postępowania i pod jego wymagania określone przez Zamawiającego miałyby spowodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać (wyr. z 4 kwietnia 2023 r., sygn. KIO 619/23).

Wprawdzie, Constructo udowodnił przy pomocy załączonego do Uzasadnienia regulaminu i zobowiązania do zachowania poufności, że podjął działania w celu zachowania poufnego charakteru zastrzeżonych informacji, lecz to nie wystarczy do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tym samym, Izba uznała, że Constructo bezskutecznie zastrzegł jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje zawarte w: wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2024 r. wraz z załącznikami oraz załączniki do wyjaśnień z dnia 7 maja 2024 r. W efekcie, zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w tych dokumentach przez Zamawiającego było nieuprawnione.

Nie ma jednak racji Odwołujący twierdząc, iż tylko dlatego, że Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenie za nieskuteczne wobec niewykazania wartości gospodarczej zastrzeganych informacji – to informacje zawarte w wyjaśnieniach wraz z załącznikami powinny podlegać udostępnieniu Odwołującemu w całości. Niewątpliwie, z treści pisma Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2024 r. wynika, że uznał on, iż wykonawca w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wykazał jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zawarte w wyjaśnieniach – lecz tylko w zakresie, w jakim Zamawiający postanowił te dokumenty ujawnić, a nie w całości. W innym wypadku, należałoby stwierdzić, że Zamawiający sam sobie zaprzeczył – taki wniosek byłby nielogiczny.

Inną sprawą jest, że w istocie – powyższe stwierdzenie Zamawiającego powinno, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, odnosić się do wszystkich informacji zawartych w wyjaśnieniach, zastrzeżonych przez Constructo jako tajemnica przedsiębiorstwa – skoro w rzeczywistości wykonawca ten nie wykazał, jaką mają wartość gospodarczą.

Podsumowując, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Zamawiający jest uprawniony do uznania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie w części, a tym samym uznania, że część informacji nie została skutecznie zastrzeżona i tę część ujawnić. Jednocześnie, Zamawiający nie jest zobowiązany by tę część samodzielnie odszukać pośród treści wszystkich zastrzeżonych w całości dokumentów, jeśli nie została ona wyraźnie wskazana przez wykonawcę.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, iż Odwołujący pominął konieczność wskazania wpływu naruszeń w zakresie zaniechania udostępnienia informacji bezskutecznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującemu, co świadczyłoby o konieczności oddalenia odwołania. Odwołujący wskazał w odwołaniu – iż bezzasadne utajnienie tych informacji nie pozwala mu na wyczerpujące odniesienie się do wyjaśnień i załączników przedstawionych przez Constructo, a tym samym sformułowanie skutecznego zarzutu. Stąd, Izba uznała, iż w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, stwierdzone naruszenia przepisów mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem ujawnienie Odwołującemu informacji bezskutecznie utajnionych da mu możliwość pełniejszej weryfikacji wyjaśnień Constructo i ewentualne sformułowanie zarzutów co do niezgodnego z przepisami PZP wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jest to jednym z celów regulacji art. 18 PZP konstytuującej jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako zasadę, od której wyjątki dopuszcza się tylko w sytuacjach określonych w ustawie – by publikacja lub udostępnianie wszystkich dokumentów postępowania pozwalała na zachowanie przejrzystości działań podejmowanych przez Zamawiającego, a także umożliwiała ich weryfikację pod kątem legalności (zasadniczo pod kątem zgodności z przepisami PZP) i jako taka miała legitymację w przepisach prawa. Na koniec warto wskazać, iż w orzecznictwie Izby wypracowuje się pogląd, iż rezygnacja przez zastrzegającego informację wykonawcę, z wypełnienia obowiązku wykazania wymaganych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje, że zamawiający nie powinien takich informacji utajniać. Jeżeli bowiem wykonawca sam nie chroni swoich danych, pozbawia zamawiającego możliwości uznania, że tajemnica została prawidłowo i skutecznie zastrzeżona, co powoduje, że informacje te należy odtajnić (zob. wyr. z 2 maja 2023 r., sygn. KIO 1072/23).

Niewątpliwie, zaniechanie Zamawiającego naruszyło również wynikające z art. 16 PZP zasady: zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, skoro bezprawnie uniemożliwiło wykonawcom weryfikację oferty Constructo, zasady przejrzystości, skoro doszło do nieuprawnionego zatajenia pewnych informacji w postępowaniu, a także zasady proporcjonalności, skoro zaniechanie Zamawiającego nie było środkiem koniecznym, tj. uwzględniającym regulację art. 18 ust. 3 PZP.

Doszło również w efekcie do naruszenia art. 74 ust. 2 PZP, skoro załączniki do protokołu postępowania nie zostały udostępnione Odwołującemu.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, w obecnym składzie, zobowiązana była uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu po pierwsze unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej a potem powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym udostępnienie bezskutecznie utajnionych informacji Constructo na rzecz Odwołującego, tak by umożliwić mu ich weryfikację i ew. sformułowanie zarzutów, w razie gdyby okazało się, że Constructo zaoferowało rażąco niską cenę lub proces wyjaśniania ceny ofertowej przez Zamawiającego nie był wyczerpujący.

W związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu dot. zaniechania ujawnienia dokumentów Constructo – Izba nie była zobowiązana do rozpoznania zarzutów dalszych, powołanych w odwołaniu jako ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 w zw. z 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 ust. 5 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. poz. 2437 ze zm.). Izba rozdzieliła stosunkowo koszty postępowania i obciążyła nimi zarówno Odwołującego, jak też Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że uwzględniono 6 z 8 zarzutów odwołania.

Przewodnicząca: