

WYROK

Warszawa, dnia 23 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odtajnienia i udostępnienia złożonych przez Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością załączników do wyjaśnień z dnia 18 października 2024 r. numer: 6, 7, 10 - 17, 18 - 39 (bez danych osobowych i teleinformatycznych podwykonawców i dostawców).
2. Kosztami postępowania obciąża Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz PORR Spółka Akcyjna kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą równowartość kwoty wpisu.

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:

Uzasadnienie

Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Budowa odcinka DW 744 od końca budowanej obwodnicy Starachowic w ciągu drogi wojewódzkiej do budowanej obwodnicy Wąchocka na DK 42, wewnętrzny identyfikator: ŚZDW.NWZ.222.1.38.2024.JŚ*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 5 lipca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer ogłoszenia: 402129-2024.

19 grudnia 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty Strabag Sp. z o.o., natomiast 20 grudnia przekazał informację o częściowym uznaniu za skuteczne utajnienia załączników do wyjaśnień z 18 października 2024 r., złożonych przez Strabag Sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp (dalej również: „Wyjaśnienia ceny”)

Wykonawca PORR S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 18 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U.2022.1233 ze zm.; „uzn”) w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp przez:

- 1)zaniechanie odtajnienia załączników do Wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o.;
- 2)bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w załącznikach do Wyjaśnień ceny zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone;
- 3)bezpodstawne uznanie, że informacje zawarte w załącznikach do Wyjaśnień ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj.Dz.U.2022.1233 ze zm.) oraz ich wartość gospodarcza wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym ww. Wykonawcy;
- 4)wybór jako najkorzystniejszej oferty Strabag Sp. z o.o. z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady jawności postępowania z uwagi na uniemożliwienie Odwołującemu - na skutek działań i zaniechań wskazanych w pkt 1)-3) powyżej - weryfikacji prawidłowości procesu badania przez Zamawiającego oferty Strabag Sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt ustawy Pzp (rażąco niska cena oferty)

pomimo, że informacje zawarte w tych dokumentach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 unkn, ich wartość handlowa nie wykracza poza niniejsze zamówienie oraz nie zostały prawidłowo i skutecznie utajnione przez ww. Wykonawcę.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty Strabag Sp. z o.o.;
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3)odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia treści załączników do wyjaśnień z dnia 18 października 2024 r. przedłożonych przez Strabag Sp. z o.o.: nr 6, nr 7, nr 10 - 17, nr 18 - 39 (bez danych osobowych i teleinformatycznych podwykonawców i dostawców).

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że cena oferty Strabag Sp. z o.o. w istotny sposób odbiega od szacunkowej wartości zamówienia (o ponad 30%) i budżetu Zamawiającego (o ponad 50%), różni się również znacząco od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu (jest prawie o 40% tańsza). Z uwagi na powyższe, Zamawiający w piśmie z 3 października 2024 r. wezwał Strabag Sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 Pzp do przedłożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających prawidłową kalkulację ceny. Strabag Sp. z o.o. przedłożył wyjaśnienia w piśmie z 18 października 2024 r. Z uwagi na fakt, że Zamawiający wyłączył wprost możliwość utajnienia treści przedkładanych wyjaśnień, Wykonawca umieścił kalkulacje oraz opis przyjętych założeń materiałowych, sprzętowych, kalkulacyjnych i technicznych w załącznikach do pisma z 18 października 2024 r. (Załączniki nr 1 - 44), które w przeważającej części objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca wprost wskazał w Wyjaśnieniach ceny, że zastrzega jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w załącznikach: nr 1-4, nr 6, nr 7, nr 8, nr 9, nr 10, nr 18-39 oraz dokumenty załączone do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dowody; z wyłączeniem Kodeksu Etycznego). Zamawiający częściowo odtajnił dokumenty przedłożone przez ww. Wykonawcę pismem z 4 listopada 2024 r., które zostało udostępnione Odwołującemu 20 grudnia 2024 r. (po wyborze oferty najkorzystniejszej). Zamawiający udostępnił załączniki: nr 5 (Zaświadczenie ZUS), nr 8 (Tabela dot. zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami § 5 Wzoru umowy. Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy), nr 9 (Zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt XIV SWZ. Sposób obliczenia ceny oferty) oraz nr 43 (Kodeks Etycznego) Natomiast Zamawiający uznał zasadność objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników: nr 1, nr 2-4, nr 6, nr 7, nr 10, nr 11, nr 12, nr 13, nr 14, nr 15, nr 16, nr 17, nr 18-39, nr 40, nr 41, nr 42 oraz nr 44. Porównanie treści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez Strabag Sp. z o.o. oraz pisma Zamawiającego z dnia 4 listopada 2024 r., wskazuje, że Zamawiający nie tylko bezpodstawnie utrzymał tajemnicę większości załączników przedłożonych przez Strabag Sp. z o.o., ale objął poufnością większy zakres informacji niż wnioskował Wykonawca w Wyjaśnieniach ceny, gdzie brak jest wskazania, że tajemnicą przedsiębiorstwa objęte zostały załączniki nr 11-17. Nie ma takiego zastrzeżenia na str. 1 ww. wyjaśnień oraz brak jakiegokolwiek uzasadnienia w treści pisma wskazującego na konieczność utrzymania ich poufności. Jedynie w spisie załączników (str. 29 Wyjaśnień ceny) opisano je jako „dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa”. Działania i zaniechania Zamawiającego należy zatem zakwalifikować jako naruszające zasadę jawności postępowania stanowiącą jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, a także zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Strabag Sp. z o.o. nie spełnia wymagań postawionych w przepisach art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 2 unkn, a także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów administracyjnych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy powinno być odtajnienie

zastrzeżonych załączników. Zamawiający dokonał jedynie częściowego odtajnienia dowodów (załączników) przedłożonych przez Strabag Sp. z o.o. Takie działanie Zamawiającego było bezpodstawne z uwagi na fakt, że analiza treści uzasadnienia zastrzeżenia poufności informacji przekazanego przez ww. Wykonawcę, uzasadnia twierdzenie, że nie wykazał on łącznego wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk definiującego pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa” w systemie polskiego prawa w odniesieniu do wszystkich zastrzeżonych załączników, a nie tylko załączników nr 8 i nr 9 odtajnionych przez Zamawiającego. W celu bowiem „wykazania” wystąpienia przesłanek z art. 11 ust. 2 uznk nie wystarczy przedłożenie samych oświadczeń i deklaracji. Co więcej zgodnie z poglądami wyrażanymi aktualnie w orzecznictwie KIO, „Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek, warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. „Wykazanie”, o którym mowa w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, oznacza udowodnienie. Pod pojęciem „wykazania” należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie” (uchwała KIO z 12 lutego 2020 r.; sygn. akt: KIO/KU 5/20). Natomiast wykonawca Strabag Sp. z o.o. uzasadniając zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, poprzestał na ogólnikowych stwierdzeniach i lakonicznych zapewnieniach, że informacje objęte klauzulą poufności posiadają bliżej niekwantyfikowalną wartość gospodarczą oraz są prawidłowo zastrzeżone. Uzasadnienie w dużej mierze ogranicza się do wielokrotnego powtarzania tych samych twierdzeń upatrujących konieczność utrzymania poufności przedstawionych informacji z uwagi na zastosowane optymalizacji kosztów oferty, dokonane w oparciu o własne zasoby sprzętowe i kadrowe, których zakres podlegający wykorzystaniu w postępowaniu również został utajniony. Ponadto należytego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie powinno zastępować, a ma to miejsce w niniejszym przypadku, szerokie przywoływanie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa nie uzasadnia również zakres przekazywanych informacji. Strabag Sp. z o.o. zastrzegł bowiem poufność kalkulacji ceny ofertowej (Załącznik nr 6), informacje dotyczące podwykonawców (Załączniki nr 1-39), wykaz sprzętu (Załącznik nr 10) oraz dowody mające potwierdzić zgodność oferty Wykonawcy z warunkami zamówienia (Załącznik nr 7). Są to zatem informacje obrazujące kalkulację ceny w tym konkretnym postępowaniu w oparciu o wymagania Zamawiającego sformułowane w dokumentach postępowania. Informacje te powstały więc na potrzeby wyłącznie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Taki charakter zastrzeżonych informacji (tj. ich jednorazowość) został wielokrotnie potwierdzony w treści Wyjaśnień ceny, np. „Koncepcja dotycząca wykonania niniejszego zamówienia została opracowana na potrzeby niniejszego zamówienia i zawiera elementy dedykowane temu konkretnemu zamówieniu, które można opisać jako know-how wykonawcy” (str. 21), „Istotny jest każdorazowy dobór sprzętu pod konkretne zamówienie” (str.17), „Wykonawca objął tajemnicą oferty podwykonawców/poddostawców, które zostały złożone Wykonawcy, a tym samym są dedykowane specjalnie na jego zindywidualizowane potrzeby w ramach niniejszego postępowania” (str. 19).

Ponadto Zamawiający w sposób nieuprawniony utrzymał poufność Załączników nr 11-17, co do których Strabag Sp. z o.o. nie przedstawił uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający przeprowadził zatem merytoryczną ocenę, czy otrzymane dane i informacje mogą/mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa ww. oferenta i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 uznk. Następnie utrzymał poufność informacji, które w ocenie Zamawiającego posiadały lub mogły posiadać takie cechy. Ten sposób postępowania Zamawiającego znalazł odzwierciedlenie w piśmie z 4 listopada 2024 r. Zamawiający pominął również, że Strabag Sp. z o.o. w piśmie z 18 października 2024 r. nie odniósł się i nie wykazał w jakikolwiek sposób istotnego elementu definiującego pojęcie „tajemnicy przedsiębiorstwa”, tj. nie zostało uprawdopodobnione ani wykazane, że zastrzeżone informacje „nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wykonawca całkowicie pominął ww. aspekt pojęcia „tajemnicy przedsiębiorstwa”. Powyższe uchybienia zostały całkowicie pominięte przez Zamawiającego. Takie działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami ustalonymi w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. „Z treści art. 18 ust. 3 p.z.p. wynika, że jeśli wykonawca zamierza zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, to ciężar na nim wszystkie obowiązki wynikające z wykazania zasadności tego zastrzeżenia. Rolą zamawiającego jest w tej sytuacji wyłącznie ocena sposobu i zasadności tego zastrzeżenia - zamawiający nie jest uprawniony czy obowiązany do oceny tego, które informacje stanowią rzeczywistą tajemnicę wykonawcy i obiektywnie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Skoro Odwołujący w niedostateczny sposób wykazał zasadność zastrzeżenia informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tych informacji, a nie ich ocena” (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2022r.; sygn. akt: KIO 764/22; 804/22).

W odniesieniu do kalkulacji ceny ofertowej Strabag Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że załączniki do Wyjaśnień ceny dotyczące sposobu kalkulacji i elementów składowych ceny ofertowej zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działania ze strony Wykonawcy i Zamawiającego są nieuprawnione. Kalkulacje ceny ofertowej zawierają bowiem matematyczne zestawienia wartości poszczególnych pozycji kosztowych wymienionych w formularzu ofertowym

(Załączniki nr 6 i nr 7 do Wyjaśnień ceny). Nie stanowią zatem same w sobie danych, które można byłoby zakwalifikować jako handlowe czy organizacyjne tajemnice przedsiębiorstwa jakiegokolwiek Wykonawcy. Nie wskazują bowiem zasad współpracy z podwykonawcami ani nie obrazują metod kalkulacji cen jednostkowych. Trudno zatem przyjąć, że zastrzeżone informacje mają uniwersalną wartość gospodarczą dla ww. Wykonawcy. Rozbicie zaoferowanej ceny na wezwanie Zamawiającego czy kalkulacja kosztów danego asortymentu robót w oparciu o stawki obowiązujące w dacie sporządzania oferty w konkretnym postępowaniu, nie spełniają kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 ust. 2 uznk. „Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny co do zasady nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców” (wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3162/21). W związku z tym ten sam zbiór danych, w takiej samej konfiguracji, nie będzie przydatny w przypadku ubiegania się o inne zamówienia publiczne. Natomiast jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, nie zaś jak w tym przypadku wyłącznie raz. „Sama okoliczność, że cena jest zindywidualizowana dla danego postępowania, nie uzasadnia konieczności zachowania jej w poufności. Wykonawca powinien podać, które składniki kalkulacji ceny stanowią dla niego istotną wartość gospodarczą i dlaczego. Sformułowanie jedynie ogólnego oświadczenia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, odnoszącego się do wszystkich złożonych informacji, nie stanowi merytorycznej przesłanki uzasadniającej ochronę przed ujawnieniem podanych informacji” (wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2018 r.; sygn. akt: KIO 1187/18). Wykonawca konieczność utrzymania w poufności zastrzeżonych informacji upatruje wprawdzie w ich uniwersalności i powtarzalności. Jednak w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedłożonym Zamawiającemu nie przedstawił żadnych argumentów, powiązań i zależności potwierdzających to twierdzenie. Oświadczenia ww. Wykonawcy są gołosłowne i ograniczają się do kilkukrotnego powtarzania w treści pisma deklaracji o unikatowym charakterze zastrzeżonych danych i ich kluczowym znaczeniu dla jego przewagi konkurencyjnej, a także wielokrotnym i szerokim cytowaniu fragmentów orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej mających stanowić potwierdzenie twierdzeń prezentowanych przez Wykonawcę. Na podstawie jednak ww. uzasadnienia nie jest możliwe odtworzenie związku pomiędzy informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa a pozycją rynkową ww. Wykonawcy czy możliwością składania konkurencyjnych ofert w kolejnych postępowaniach, tj. na czym polega know-how ww. Wykonawcy przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 18 października 2024 r., że przedstawiony w zastrzeżonych załącznikach (w szczególności Załączniku nr 6 – Kalkulacja ofertowa oraz Załączniku nr 7 – Szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę obniżających koszt inwestycji) sposób kalkulacji ceny ma unikalny charakter lub nie jest dostępny innym wykonawcom o zbliżonym doświadczeniu i potencjale (osobowy, sprzętowy, finansowy) w branży budowlanej. Co do zasady wykonawcy podobnie bowiem kalkulują przedmiot zamówienia opierając się na wytycznych zamawiającego zawartych w dokumentach zamówienia (wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2024 r., sygn. akt: KIO 10/24). Zastrzeżenie poufności tak szerokiego zakresu informacji, w tym szczegółowych kalkulacji ceny ofertowej, jest zatem wyrazem jedynie oceny Strabag Sp. z o.o. i subiektywnej przekonania tego Wykonawcy o ich istotnej wartości gospodarczej. W związku tym „oczywistym jest [...], że wszelkie informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje, wypracowane przez lata działalności przez zastrzegającego mają w jego ocenie wartość gospodarczą. Niemniej nie oznacza to, że z obiektywnego punktu widzenia mają one jakakolwiek wartość dla innych podmiotów. W szczególności odnieść to należy, że tego co było przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy, tj. sposobu kalkulacji ceny jego oferty. O ile dla (...) sposób ten rzeczywiście może mieć pewną wartość gospodarczą, to dla innych podmiotów, poza czysto poznawczym charakterem tej kalkulacji, nie musi przedstawiać jakiegokolwiek wartości gospodarczej. Wiedza w tym zakresie nie musi bowiem niwelować jakichkolwiek przewag konkurencyjnych (...), czy tym bardziej budować takich przewag po stronie innych podmiotów” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego i Zamówień Publicznych z dnia 24.02.2022 r.; sygn. akt: XXIII Zs 133/21). Ponadto „samo przekonanie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny może w przyszłości niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej” (wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2024 r.; sygn. akt: KIO 10/24). Zastrzeżone informacje (Załączniki nr 6 i nr 7) mają jedynie wartość poznawczą i jedynie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwalają bowiem na weryfikację prawidłowości i kompletności oferty Strabag Sp. z o.o.

W zakresie informacji dotyczących sposobu realizacji zamówienia, Odwołujący podał, że Strabag Sp. z o.o. udzielając wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny ofertowej przedstawił również informacje dotyczące treści złożonej oferty (tj. zgodności z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ). Wynika to jednoznacznie z treści pisma Zamawiającego z 4 listopada 2024r., w którym odtajnił on nazwy wszystkich załączników przedłożonych przez Strabag Sp. z o.o. Poufnością objęto zatem m.in. założenia techniczne, technologicznego i materiałowe oraz porównania wariantów przebiegu trasy i zastosowania warunków trudnych (Załącznik nr 11) czy szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę obniżających koszt inwestycji (Załącznik nr 7). Zamawiający nie odtajnił powyższego zakresu wyjaśnień złożonych przez ww. Wykonawcę. Powyższe zaniechanie jest nieuzasadnione. Po pierwsze w przedłożonym przez ww. Wykonawcę uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa brak jakichkolwiek informacji czy argumentacji, która uzasadniałaby utrzymanie poufności tych danych (Załącznik nr 6 oraz Załączniki nr 11-16). Natomiast nieprzedstawienie żadnego uzasadnienia i dowodów potwierdzających zasadność utrzymania tych informacji w tajemnicy, w świetle literalnego brzmienia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, oznacza rezygnację z utrzymania poufności tych danych. Informacje przedłożone przez Wykonawcę mogą bowiem pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wywiązał się on z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Jednocześnie wyjaśnienia mające stanowić potwierdzenie zgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego stanowią jej część składową. Z tego względu nie podlegają utajnieniu. W wyroku z dnia 13 października 2021 r. (sygn. akt: KIO 1835/16) KIO podkreśliła, że *„wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców, ale również dla każdego zainteresowanego”*. W związku z tym odtajnione przez Zamawiającego nazwy załączników załączonych do wyjaśnień z 18 października 2024 r. oraz deklaracja Strabag Sp. z o.o. zawarta na str. 21 tych wyjaśnień („W załącznikach do wyjaśnień wykonawca przedstawił też informacje potwierdzające założenia przyjęte do kalkulacji; informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę, obniżających koszt inwestycji, które determinowały kształt oferty”) wskazują, że wysokość zaoferowanej ceny jest prawdopodobnie wynikiem przyjęcia do wyceny przedmiotu zamówienia rozwiązań technicznych i materiałowych niezgodnych z określonymi w dokumentacji postępowania. Po drugie Strabag Sp. z o.o. na str. 21 Wyjaśnień ceny odwołuje się do opracowanej przez siebie koncepcji (technologii) wykonania zamówienia, która jak podkreśla, została „opracowana na potrzeby niniejszego zamówienia i zawiera elementy dedykowane temu konkretnemu zamówieniu”. Powyższe twierdzenia wprost przeczą zatem deklaracjom o uniwersalności oraz powtarzalności założonych rozwiązań technologicznych i materiałowych, do których odwołuje się ww. Wykonawca w pozostałej części zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno bowiem przyjąć, że dobór określonych rozwiązań technologicznych czy materiałów na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia ma wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 2 unkl. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że wartość gospodarczą może stanowić jedynie taki zbiór danych dotyczących wykonawcy, który może być przez niego wykorzystany w przyszłości, a nie jednorazowo w konkretnym postępowaniu. Ponadto niniejsze zamówienie będzie częściowo realizowane w skomplikowanych warunkach gruntowych i wymaga to odpowiedniego wzmocnienia oraz umocnienia skarp. W związku z tym konieczna jest weryfikacja założeń Wykonawcy w zakresie informacji dotyczącej zastosowanego sprzętu i maszyn pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego i z tego względu informacje te nie mogą stanowić tajemnicy. Jednocześnie informacje takie nie stanowią zbioru autorskich rozwiązań oraz nie mogą zostać zakwalifikowane jako know-how Wykonawcy, ponieważ wiedza inżynierska na tym poziomie jest powszechnie znana wykonawcom tej branży. Zamawiający utrzymał jednak w całości poufność załączników obrazujących założenia technologiczne, materiałowe czy projektowe. Wyłącza to możliwość weryfikacji oferty Strabag Sp. z o.o. pod względem zgodności przyjętych rozwiązań technicznych i materiałowych z wiążącą dokumentacją postępowania.

W odniesieniu do ofert podwykonawców i dostawców, Odwołujący stwierdził, że brak jest uzasadnienia do zastrzegania w całości ofert podwykonawców czy dostawców stanowiących podstawę do obliczenia ceny ofertowej czy wyboru rozwiązań technicznych lub materiałowych w niniejszym postępowaniu. „Samo powoływanie się na wieloletnie kontakty handlowe z kontrahentami jest niewystarczające, albowiem w działalności gospodarczej pozostawanie w stałych stosunkach gospodarczych z dostawcami czy usługodawcami jest czymś typowym, zaś wykonawca ani nie wyjaśnił, ani nie udowodnił, w jaki sposób te wieloletnie kontakty handlowe przełożyły się na uzyskanie korzystnych cen zakupu u swoich kontrahentów” (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2024 r.; sygn. akt: KIO 234/24). Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie kwestionowała zakres i motywy zastrzegania informacji dotyczących podwykonawców i dostawców. W wyroku z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt: KIO 466/19, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „co do zasady nie ma

wartości gospodarczej wybranie jednego spośród funkcjonujących na danym rynku przedsiębiorców jako podwykonawcy. Nie może uzasadniać utajnienia danych podwykonawców subiektywna obawa o ich nielojalność, gdyż wykonawca działający z należytą starannością powinien być w stanie nawiązać z podwykonawcą stosowaną relację prawną, która zagwarantuje mu jego lojalność” (tak samo: wyrok KIO z dnia 6.10.2021 r., sygn. akt: KIO 2737/21). Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wskazywała, że „budzi poważne wątpliwości co do wiarygodności stanowisko, że poznanie ceny czy rabatu od razu spowoduje utratę tej przewagi, jeżeli cena wynika ze szczególnych relacji handlowych odwołującego, których inni wykonawcy nie posiadają. Czym innym jest bowiem informacja o rabacie, a czym innym okoliczności pozwalające na jego uzyskanie. To nie informacja o cenie, a szczególne warunki dające możliwość jej uzyskania, stanowią przewagę konkurencyjną danego przedsiębiorcy. Poznanie wysokości ceny nie spowoduje w sposób automatyczny, że konkurencja od razu taką samą lub niższą cenę uzyska, skoro wynika ona z unikalnych czynników dostępnych odwołującemu” (wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1195/23). W kwestionowanym uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie przedstawiono argumentacji potwierdzającej, że chronione informacje przedstawiają dla Strabag Sp. z o.o. wymierną wartość gospodarczą uzasadniającą zastrzeżenie ich poufności. Zastrzeżenie tajemnicy zawiera jedynie ogólnikowe twierdzenia, które można zastosować w przypadku każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, który w ramach tej działalności tworzy siatkę podmiotów współpracujących na określonych zasadach.

W odniesieniu do pozostałych zastrzeżonych informacji, Odwołujący podał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 18 października 2024 r. jest ogólnikowe. Wykonawca nie wykazał ziszczenia się przesłanek zawartych w art. 11 ust. 2 uznk. Strabag Sp. z o.o. ograniczył się bowiem doskrótowego opisanie różnorodnych okoliczności faktycznych z zakresu działalności przedsiębiorstwa (np. skala prowadzonej działalności Grupy Kapitałowej, do której należy Wykonawca, fakt wieloletniego prowadzenia działalności na terenie Polski, liczba zatrudnianych pracowników) bez wskazywania ich konkretnego związku i wpływu np. na ich wartość gospodarczą, co powoduje, że należy zaliczyć je do kategorii informacji marketingowych, ale pozostaje bez wpływu na skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2022 r.; sygn. akt: KIO 131/22).

Następnie Odwołujący podniósł, że Strabag Sp. z o.o. utajnił prawie w całości załączniki przedłożone wraz z wyjaśnieniami z dnia 18 października 2024 r. Taki sposób postępowania wyłącza możliwość merytorycznej weryfikacji oferty tego Wykonawcy. Zastrzeganie poufności tak szerokiego zakresu informacji stoi w sprzeczności z zasadą jawności postępowania. Uniemożliwia to bowiem pozostałym oferentom kontrolę działań podejmowanych przez Zamawiającego. Brak przy tym podstaw do utrzymania w tajemnicy tak szerokiego zakresu informacji przekazanych przez ww. Wykonawcę. O ile bowiem poszczególne elementy zastrzeżonych załączników mogą/mogłyby zasługiwać na ochronę, to zastrzeganie w całości przekazanych kalkulacji cen czy ofert podwykonawców jest nieuzasadnione. W wyroku z dnia 10 października 2019 r. (sygn. akt: KIO 1878/19) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa ceny oferowane w postępowaniu - chociażby cenę dotyczącą roboczogodziny i jej poszczególnych składowych. Cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy. Zastrzeżenie w niniejszym postępowaniu (dotyczące rażąco niskiej ceny) zostało dokonane dla całości złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Nawet gdyby uznać, że istnieją jakiegokolwiek fragmenty wyjaśnień, które mogłyby zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to Przystępujący miał możliwość anonimizacji części tych wyjaśnień”. Nadto: „Nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.” (wyrok KIO z dnia 24.01.2024 r.; sygn. akt: KIO 10/24). Z uwagi na obowiązującą w zamówieniach publicznych zasadę jawności postępowania, Zamawiający powinien wszelkie oświadczenia dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa interpretować w sposób ścisły. Natomiast Zamawiający zaakceptował wyłączenie jawności całego materiału dowodowego przedłożonego przez Strabag sp. z o.o. pomimo, że na podstawie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z 18 października 2024 r. nie jest możliwa identyfikacja wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji oraz rodzaju i rozmiaru ewentualnej szkody, którą miałby ponieść Wykonawca w przypadku ujawnienia tych danych. Natomiast w stanie faktycznym niniejszej sprawy w pełni uzasadnione jest twierdzenie, że celem zastrzeżenia poufności powyższych informacji przez ww. Wykonawcę było jedynie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji prawidłowości jego oferty oraz kalkulacji cenowych pod kątem zgodności z wymaganiami Zamawiającego i przepisami prawa. Zjawisko takie zostało dostrzeżone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która np. w wyroku z dnia 8 lutego 2022 r. (sygn. akt: KIO 197/22) podkreśliła, że „wykonawca zastrzegając określone informacje, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien mieć na uwadze zasady obowiązujące na gruncie zamówień publicznych i nie nadużywać przepisu przewidującego takie uprawnienie, w

szczegółowości nie naruszać zasady uczciwej konkurencji, poprzez zastrzeganie informacji głównie po to, aby uniemożliwić weryfikację przez konkurentów zgodności jego oferty z wymogami zamawiającego i przepisami prawa. Zastrzeganie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane przez wykonawców w celu uniemożliwienia kontroli działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej”. Analogicznie w wyroku z dnia 17 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 37/62/21 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „ograniczenie jawności postępowania jest wyjątkiem od zasady i należy go interpretować ściśle. Praktyka zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeganie szerokiego zakresu informacji przez wykonawców nie służy de facto ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale wykorzystywane jest jako narzędzie do nieujawnienia wyjaśnień wykonawcy w obawie przed utratą możliwości uzyskania zamówienia. Takie rozumienie szkody ekonomicznej czy utraty pozycji rynkowej przez wykonawców jest niewłaściwe i nie zasługuje na ochronę”.

Następnie Odwołujący stwierdził, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedłożone przez Strabag Sp. z o.o. zostało sporządzone w takiej formie i na takim poziomie ogólności, który uzasadnia twierdzenie, że możliwe byłoby jego wykorzystanie w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca nie wykazał przy tym, że zbiór informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym postępowaniu ma wartość uniwersalną, a w szczególności będzie mógł zostać wykorzystany w przyszłości. Zamawiający pomimo wskazanych braków i uchybień uznał zastrzeżenie tajemnicy poczynione przez ww. Wykonawcę za prawidłowe oraz zakwalifikował informacje niespełniające przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 unzk jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania wystąpiły podstawy do odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ww. Wykonawcę. Zaniechanie odtajnienia powyższych danych stanowi zatem naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych (jawności i przejrzystości) oraz będącego ich konkretyzacją art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Konsekwencją działań i zaniechań Zamawiającego jest bowiem bezpodstawnie utrudnianie dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu, co praktycznie wyłącza możliwość weryfikacji najkorzystniejszej oferty przez innych wykonawców i dalszych działań podjętych przez Zamawiającego w toku postępowaniu. Wyłącza również praktycznie możliwość wnoszenia przez uczestników postępowania skutecznych środków ochrony prawnej. W zaistniałej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było odtajnienie tych informacji. Wykonawca nie wykazał bowiem konieczności zastrzeżenia poufności informacji oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz obiektywna ocena tych informacji nie pozwala na przyjęcie, że ich wartość gospodarcza wykracza poza niniejsze zamówienie i ich ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom handlowym Strabag Sp. z o.o. Wprost przeciwnie ich odtajnienie nie naruszy zasady uczciwej konkurencji, nie utrudni egzekwowania prawa przez ww. Wykonawcę (np. nie są to informacje dotyczące prowadzonych sporów sądowych czy mediacji) oraz nie będzie sprzeczne z interesem publicznym. Jednocześnie nawet w przypadku zakwalifikowania informacji zastrzeżonych przez ww. Wykonawcę do powyższych kategorii, Zamawiający w takich przypadkach zobowiązany jest do udzielenia pozostałym oferentom dostępu do zasadniczej treści tych informacji, tak aby zapewnić poszanowanie prawa do skutecznego środka prawnego. Na taki obowiązek wskazuje Trybunał Sprawiedliwości w aktualnym orzecznictwie dotyczącym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 17 listopada 2022 r.; sygn. akt: C 54/22; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 września 2021r; sygn. akt: C-927/19). Natomiast w niniejszym postępowaniu Zamawiający utrzymał poufność zasadniczej części wyjaśnień ww. Wykonawcy, tj. praktycznie całość danych umożliwiających skuteczną weryfikację oferty pod względem merytorycznym.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 20 stycznia 2025 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”)wypełniając wymogi ustawowe zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie z 20 stycznia 2025 r. Strabag Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie zarzutów odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie przez Strony i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując uprawnienie do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał m.in., że jest przedsiębiorcą zajmującym się m.in. realizacją inwestycji drogowych i złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego zajmuje drugie miejsce w rankingu ofert. Jednakże działania i zaniechania Zamawiającego stanowiące naruszenie zasady jawności postępowania, narażają go na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania niniejszego zamówienia i spodziewanych korzyści w związku z jego realizacją. Bezpodstawne utrzymanie poufności dowodów przedłożonych przez Strabag Sp. z o.o. ma bezpośredni i istotny wpływ na wynik postępowania. Jedynie bowiem w przypadku odtajnienia przez Zamawiającego załączników do wyjaśnień z 18 października 2024 r. (w zakresie wnioskowanym przez Odwołującego) dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Strabag Sp. z o.o., umożliwi realną weryfikację czynności podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu i efektywne podnoszenie zarzutów wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza w zakresie zaniżenia wartości oferty i jej niezgodności z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła:

Zgodnie z rozdziałem IV SWZ:

1. *Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie oraz budowa odcinka DW 744 od końca budowanej obwodnicy Starachowic w ciągu drogi wojewódzkiej do budowanej obwodnicy Wąchocka na DK 42.*
2. *Zakres zamówienia obejmuje w szczególności:*
 - 1) *Opracowanie dokumentacji projektowej w ramach:*
 - *Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) wraz z uzyskaniem decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) oraz wszelkich innych decyzji administracyjnych, uzgodnień i opinii niezbędnych dla zrealizowania zadania inwestycyjnego.*
 - 2) *Wykonanie robót budowlanych wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w oparciu o dokumentację projektową wykonaną przez Wykonawcę robót wraz ze świadczeniami nie będącymi robotami budowlanymi oraz zapewnieniem nadzoru przyrodniczego w zakresie wynikającym ze szczególnych przepisów oraz decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach przedsięwzięcia, w razie konieczności zabezpieczenie i przeniesienie zabytków małej architektury, zapewnienia nadzoru archeologicznego i przeprowadzenia ratowniczych badań archeologicznych. Szczegółowy zakres robót jest przedstawiony w PFU oraz w ww decyzjach.*
 - 3) *Sprawowanie nadzoru autorskiego nad opracowaną dokumentacją projektową.*
3. *Nie ograniczając się do niżej wymienionych Robót, lecz zgodnie z wszystkimi innymi wymaganiami określonymi w PFU, w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej należy zaprojektować i wykonać w szczególności następujące Roboty:*
 - 1) *budowę DW744 o dł. ok. 1,5 km, droga klasy GP, jednojezdniowa o przekroju 1/2 a na wzniesieniu 1/3 z opaskami zewnętrznymi. Każda z nowych jezdni będzie mieć szer. podstawową 2x4,25 m (3,50 m jezdni + 0,75 m opaski zewnętrznej o nawierzchni twardej) lub 2x4,25 (3,50 m jezdni + 0,75 m opaski zewnętrznej o nawierzchni twardej) plus dodatkowy pas szer. 3,5m. Szerokość pobocza lub części pobocza o nawierzchni gruntowej powinna być nie mniejsza niż standardowo 0,75 m, a w trudnych warunkach dopuszcza się nie mniej niż 0,50 m – w przypadku części pobocza przyległego do opaski zewnętrznej;*
 - 2) *włączenie nowoprojektowanego odcinka DW 744 w DK 42. Sposób włączenia winien być zaakceptowany przez GDDKiA Oddział Kielce (proponowanym sposobem włączenia jest rondo zgodnie z załącznikiem W3 plan-D02.01);*
 - 3) *system odwodnienia korpusu drogi wojewódzkiej i pozostałych dróg (np.: w postaci kanalizacji deszczowej, wyposażonej w system podczyszczania, budowę przepustów oraz rowów odwadniających otwartych, szczelnych, rowów infiltracyjnych, budowę zbiorników infiltracyjnych, retencyjnych z regulowanym odpływem, retencyjno-infiltracyjnych, ścieków przykrawężnikowych lub trójkątnych, przepompowni wód deszczowych), nadto oczyszczenie i udrożnienie istniejących urządzeń melioracyjnych i odbiorników dla skutecznego odprowadzenia wody z pasa drogowego. System odwodnienia drogi wojewódzkiej i drogi krajowej powinien być rozdzielony. Powinny funkcjonować jako oddzielne systemy;*

- 4) uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, wykonanie raportu OŚŚ (w razie konieczności) oraz innych niezbędnych decyzji, opinii, uzgodnień oraz warunków technicznych dla poszczególnych branż,
- 5) uzyskanie decyzji pozwolenie wodnoprawne,
- 6) opracowanie geotechnicznych warunków posadowienia (w formie opinii geotechnicznej, dokumentacji badań podłoża gruntowego, projektu geotechnicznego, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej),
- 7) wykonanie opracowań geologicznych, hydrogeologicznych i geofizycznych (w zależności od potrzeb),
- 8) wykonanie dokumentacji geodezyjno – kartograficznej (podziały, mapa do celów projektowych i jej wymagane aktualizacje) związanej z uzyskaniem prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane,
- 9) wykonania projektu budowlanego i technicznego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 27 października 2023 r. r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (w brzmieniu aktualnym w dniu składania dokumentacji),
- 10) wykonania projektu wykonawczego zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego,
- 11) przebudowa odcinków dróg gminnych i wewnętrznych w niezbędnym zakresie (korekty wysokościowe, poszerzenia, budowa dróg dla pieszych, poprawa przejezdności pod obiektami inżynierskimi, itp.),
- 12) budowa infrastruktury dla pieszych i rowerzystów (droga dla rowerów w miejscu braku dodatkowych jezdni), przejścia dla pieszych/rowerów w obrębie skrzyżowań,
- 13) budowa dodatkowych jezdni umożliwiających obsługę przyległych działek,
- 14) budowa i przebudowa zjazdów,
- 15) przebudowa kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury podziemnej i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych, hydrologicznych i innych; wraz z systemem zabezpieczeń/ przebudowy kolidujących urządzeń,
- 16) budowę oświetlenia (system oświetlenia drogi wojewódzkiej i drogi krajowej powinien być rozdzielny. Powinny funkcjonować jako oddzielne systemy),
- 17) budowę kanału technologicznego,
- 18) wykonanie rozbiórek istniejących elementów kolidujących z projektowaną drogą, tj. istniejących elementów dróg, oznakowania pionowego, sieci uzbrojenia terenu (zgodnie z projektami branżowymi), istniejących ogrodzeń /budynków koniecznych do rozebrania,
- 19) wykonanie inwentaryzacji zieleni wraz z projektem gospodarki zielenią istniejącą, w tym inwentaryzacja zieleni istniejącej z podaniem (dla poszczególnych drzew): gatunku, obwodów pnia, średnic korony (z oznaczeniem ich na planach), stanu sanitarnego, zasiedlenia przez gatunki chronione, oraz ustaleniem potrzeby wycinki drzew i krzewów (przy zachowaniu jej minimalizacji) wraz z uzasadnieniem i uzgodnieniem jej z powodów wynikających z bezpieczeństwa ruchu, np. widoczność, zachowanie skrajni, zapewnienie bezpieczeństwa pieszych itd. a także wskazaniem sposobów zabezpieczenia drzew i krzewów adaptowanych/zachowywanych oraz zakresu prac w ich obrębie. Inwentaryzacja winna również zawierać dokumentację fotograficzną.
- 20) nasadzenia zieleni jak również jej pielęgnacja przez okres gwarancji,
- 21) wykonanie nowego oznakowania pionowego i poziomego oraz elementów bezpieczeństwa ruchu drogowego, budowa ekranów akustycznych typu „zielona ściana”, a na wiaduktach ekranów „przeźroczystych” w przypadku gdy będą tego wymagały zapisy DŚ,
- 22) wycinkę drzew i krzewów wraz z odkupieniem pozyskanych dłużnic,
- 23) wykonanie rozpoznania saperskiego i zapewnienie stałego nadzoru saperskiego wraz z dokonaniem wszelkich działań wynikających z nadzoru,
- 24) wzmocnienie podłoża gruntowego dla uzyskania właściwych warunków posadowienia dróg i obiektów inżynierskich oraz korpusu wysokich nasypów wraz z powierzchniowym umocnieniem skarp,
- 25) po zakończeniu Robót wykonać pełną rekultywację terenów zajętych przez zaplecza techniczne i socjalne, Plac

Budowy, drogi tymczasowe – wykonane na potrzeby Wykonawcy i budowy oraz wszelkich innych terenów przekształconych przez Wykonawcę,

- 26) dokonać uzgodnień z zarządcami dróg publicznych oraz właścicielami nieruchomości w zakresie przywrócenia dróg oraz nieruchomości użytkowanych przez Wykonawcę w czasie budowy do stanu nie gorszego niż przed rozpoczęciem budowy oraz zrealizować ww. zobowiązania,
 - 27) wznosić/ustalić/wydzielić granice pasów drogowych dróg budowanych w ramach Inwestycji, znajdujących się w liniach rozgraniczających Inwestycji, z uwzględnieniem ich projektowanej kategorii i opracować szkic przebiegu granic tych pasów drogowych,
 - 28) wszelkie Roboty wynikające z konieczności podłączenia odcinka do istniejącego układu komunikacyjnego wraz z jego ewentualną przebudową i zmianą organizacji ruchu wynikającą z przyjętych rozwiązań,
 - 29) Wykonawca dokona odbudowy osnowy geodezyjnej oraz stabilizacji pasa drogowego po wykonaniu robót budowlanych.
4. Podczas projektowania należy uwzględnić optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego, należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.
5. Szczegółowy opis oraz sposób realizacji zamówienia zawiera Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), stanowiący Załącznik nr 7 do SWZ oraz wzór umowy, stanowiący Załącznik nr 6 do SWZ.

(...)

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 26 września 2024 r., w postępowaniu zostało złożonych 7 ofert:

L.p.	Nazwa albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte	Cena oferty brutto (zł)
1.	Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa NIP: 5261003187	65 045 861,22 PLN
2.	STRABAG Sp. z o.o. ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków NIP: 5210421928	39 330 382,62 PLN
3.	PORR S.A. ul. Hołubcowa 123 02-854 Warszawa NIP: 5221054994	51 934 233,96 PLN
4.	FABE POLSKA Sp. z o.o. ul. Cybemetyki nr 19B 02-677 Warszawa NIP: 9591969133	76 093 317,68 PLN
5.	Konsorcjum firm: <u>Lider Konsorcjum:</u> MIRBUD S.A. ul. Unii Europejskiej 18 96-100 Skiemiewice NIP: 8361702207 <u>Partner</u> <u>Konsorcjum:</u> KOBYLARNIA S.A. Kobylarnia, ul. Zakole 1 86-061 Brzoza NIP: 9532234789	69 649 595,69 PL
6.	„BUDROMOST-STARACHOWICE” Sp. z o.o. ul. Św. Rocha 31 27-215 Wąchock NIP: 6641936388	93 720 000,00 PLN
7.	Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. ul. Ściegiennego 268a 25-116 Kielce NIP: 6572386943	52 890 000,00 PLN

Pismem z 3 października 2024 r., wskazując, że cena oferty Strabag Sp. z o.o. jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, tj. 64 094 770,17 zł, Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny. W uwagach do tego pisma Zamawiający wskazał:

Treść wyjaśnień przedstawionych przez Wykonawcę nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa (rozumianej jako nie ujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności – art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U z 2022 r. poz. 1233).

Ewentualne dowody stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa należy wprowadzić jako załącznik do wyjaśnień z podaniem uzasadnienia zastrzeżenia. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa winny być zawarte w osobnym pliku i opatrzone opisem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”. W przypadku, gdy Wykonawca nie zastosuje się do powyższych zaleceń, tj. nie zabezpieczy odpowiednio dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający uzna przedstawione dokumenty jako jawne.

Pismem z 18 października 2024 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia ceny, na wstępie zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- informacje zawarte w załącznikach 18 - 31 (dowody) - stanowiące oferty handlowe kontrahentów Wykonawcy oraz potencjalnych podwykonawców w ramach niniejszego i innych postępowań,
- informacje zawarte w załącznikach 32 - 39 (dowody) - stanowiące oferty kontrahentów Wykonawcy dotyczące konkretnych materiałów niezbędnych do realizacji niniejszego i innych postępowań
- Kalkulacje szczegółowe kosztów, robocizny, materiałów, zysku wraz z dowodami na ich potwierdzenie (dowody) - załącznik nr 6 i 18 - 39, informacje zawarte w Tabeli dot. zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami §5 wzoru umowy - Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy (dowody) - Załącznik nr 8, a także w Tabeli - Zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt XIV SWZ 3 Sposób obliczenia ceny oferty (dowody) - Załącznik nr 9;
- Szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę, obniżających koszt inwestycji - załącznik nr 7 wraz z informacjami zawartymi w załącznikach do tego dokumentu (dowody), Wykaz Sprzętu (dowód) - Załącznik nr 10).
- informacje o pracownikach wykonawcy (dowody) 3 załączniki 1 - 4,
- dokumenty załączone do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dowody; z wyłączeniem Kodeksu Etyki)

Na stronie nr 10 Strabag Sp. z o.o. wskazał natomiast:

Wykonawca wskazuje, że:

- informacje zawarte w załącznikach 18 - 31 (dowody) - stanowiące oferty handlowe kontrahentów Wykonawcy oraz potencjalnych podwykonawców w ramach niniejszego i innych postępowań,
 - informacje zawarte w załącznikach 32 - 39 (dowody) - stanowiące oferty kontrahentów Wykonawcy dotyczące konkretnych materiałów niezbędnych do realizacji niniejszego i innych postępowań
 - Kalkulacje szczegółowe kosztów, robocizny, materiałów, zysku wraz z dowodami na ich potwierdzenie (dowody) - Załącznik nr 6 i 18-39, informacje zawarte w Tabeli dot. zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami §5 wzoru umowy - Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy (dowody) - Załącznik nr 8, a także w Tabeli - Zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt XIV SWZ - Sposób obliczenia ceny oferty (dowody) - Załącznik nr 9;
 - Szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę, obniżających koszt inwestycji - załącznik nr 7 wraz z informacjami zawartymi w załącznikach do tego dokumentu (dowody), Wykaz Sprzętu (dowód) - Załącznik nr 10).
 - informacje o pracownikach wykonawcy (dowody) - załączniki 1 - 4,
 - dokumenty załączone do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dowody; z wyłączeniem Kodeksu Etyki
- stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust.2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pismem z 4 listopada 2024 r. Zamawiający zawiadomił o częściowym odtajnieniu załączników do Wyjaśnień ceny

Strabag Sp. z o.o. wskazując:

Zamawiający: Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach, informuje, iż po zapoznaniu się z treścią uzasadnienia w sprawie zastrzeżenia jako „tajemnica przedsiębiorstwa” wyjaśnień dotyczących ceny oferty:

1.jako skutecznie zastrzeżone w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1997 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uznane zostały następujące dokumenty:

- ☐ Koszty zatrudnienia pracowników - załącznik nr 1
- ☐ Umowy o pracę - załączniki nr 2-4
- ☐ Kalkulacja ofertowa - załącznik nr 6
- ☐ Szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę, obniżających koszt inwestycji - załącznik nr 7
- ☐ Wykaz sprzętu - załącznik nr 10
- ☐ Porównanie wariantów przebiegu trasy i zastosowania warunków trudnych - załącznik nr 11
- ☐ Opinia Projektanta - załącznik nr 12
- ☐ Wyniki badań geologicznych - załącznik nr 13
- ☐ Badanie gęstości gruntu rodzimego - załącznik nr 14
- ☐ Analiza stateczności skarp - załącznik nr 15
- ☐ Porównanie kosztów trzech wariantów przebiegu trasy i zastosowania warunków trudnych - załącznik nr 16

-Fragment umowy ramowej - załącznik nr 17

- ☐ Oferty handlowe kontrahentów, potencjalnych podwykonawców – załączniki nr 18-39
- ☐ Lista osób uczestniczących w przygotowaniu oferty - załącznik nr 40
- ☐ Wytyczne koncernu dotyczące korzystania z technologii informatycznych (wytyczne IT) - załącznik nr 41
- ☐ Procedura polityki bezpieczeństwa i ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa – załącznik nr 42 – Zestawienie podwykonawców - załącznik nr 44

2. jako nieskutecznie zastrzeżone w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1997 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wymagające odtajnienia uznano dokumenty:

- ☐ Zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami §5 wzoru umowy - Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy - załącznik nr 8
- ☐ Zgodność kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ, w szczególności z pkt XVI SWZ - Sposób obliczania ceny oferty - załącznik nr 9.

Uzasadnienie:

(...)

Wykonawca nie wykazał, że informacje zawarte w załącznikach nr 8 i 9 posiadają wartość gospodarczą, której ujawnienie mogłoby zaszkodzić interesom handlowym Wykonawcy, jednocześnie dać przewagę innym przedsiębiorcom działającym na rynku. Nie można także zgodzić się z twierdzeniem, że „Informacje te ujawniają podstawy przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej dla poszczególnych elementów oferty oraz sposób kalkulacji cen”.

W wymienionych załącznikach nie zostały wskazane konkretne wartości, wyliczenia, kwoty składające się na kalkulację ceny. Nie ujawniono w nich także nazw potencjalnych podwykonawców i kontrahentów. W dokumentach tych ogólnie zestawiono wymagania SWZ w zakresie obliczenia ceny oferty (rozdz. XIV SWZ) oraz obowiązków i odpowiedzialności Wykonawcy (§5 wzoru umowy) oraz opisano sposób ich wypełnienia. Z kolei określone w kolumnie „Dowód” nazwy konkretnych załączników do wyjaśnień zostały ujawnione w „Wyjaśnieniach wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa”, który to dokument nie został przez Wykonawcę objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tym samym elementy wyjaśnień wskazane powyżej, jako nieskutecznie zastrzeżone, podlegać będą udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 18 ustawy Pzp: 1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* 2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.* 3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w.*

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

Zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. Oznacza to, że wykonawcy, którzy zamierzają brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą liczyć się z tym, że składane przez nich dokumenty i przekazywane informacje mogą zostać ujawnione, chyba, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostanie to przez nich wykazane wraz z przekazaniem tych informacji.

W pierwszej kolejności zwrócenia uwagi wymaga, że z ww. przepisów wynika, że chodzi o informacje, a zatem nie o całe dokumenty, gdy w całości nie zawierają one informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Następnie zauważenia wymaga, że wprowadzając obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (nowelizacja poprzednio obowiązującej ustawy Pzp dokonana 29 sierpnia 2014 r.), w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.*

W toku badania złożonych przez wykonawców ofert, obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy wykonawca, który wyraził wolę utrzymania w poufności określonych informacji, wykazał należycie, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym nie wystarcza złożenie w tym zakresie ogólnikowych oświadczeń co do objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz konieczne jest rzeczywiste wykazanie, że ściśle określone informacje przekazywane w danym postępowaniu wypełniają wszystkie przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych względów wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji, dla wykazania skuteczności zastrzeżenia informacji, wykonawcy zobowiązani są wykazać łączne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w ww. art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj., że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, że informacje te 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, jak też, że uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Powinno to nastąpić z uwzględnieniem, że wymóg posiadania wartości gospodarczej odnosi się do każdej z informacji, tj. nie tylko „innej”, ale także informacji mających charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny. Nie jest zatem wystarczające stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, lecz musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy z tego powodu, że

pozostanie poufna, np. może być dla wykonawcy źródłem zysków lub pozwalać na zaoszczędzenie określonych kosztów. Rolą zamawiającego jest zbadanie czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, bowiem to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym co do zasady postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dane informacje, mogą stanowić wyjątek od tej zasady i pozostać niejawne. Zamawiający ocenia zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w oparciu o treść uzasadnienia przedstawionego przez wykonawcę, nie zaś w oparciu o własne przekonania o tym, co może albo nie może być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. To wykonawca ma tę zasadność wykazać i jeśli temu ciężarowi nie podoła, obowiązkiem zamawiającego jest ujawnić zastrzeżone przez wykonawcę informacje.

Badaniu przez Izbę podlega czynność zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. zastrzegł 42 spośród złożonych 44 załączników do wyjaśnień ceny z 18 października 2024 r. Zamawiający odtajnił dwa z ich, tj. nr 8 zawierający informacje w Tabeli dotyczące zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami § 5 wzoru umowy – Obowiązków i odpowiedzialności Wykonawcy oraz nr 9 zawierający informacje w Tabeli dotyczące zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt XIV SWZ - Sposób obliczenia ceny. Jak stwierdził Przystępujący na rozprawie, nie wniósł on odwołania wobec odtajnienia przez Zamawiającego tych załączników.

W analizowanym przypadku rozstrzygnięcia Izby wymaga czy Zamawiający zasadnie uznał, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. w ustawowym terminie należycie wykazał, że zastrzeżone przez niego pozostałe załączniki do Wyjaśnień ceny w całości zawierają informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i w związku mogą stanowić wyjątek od zasady jawności postępowania i nie mogą być udostępnione konkurencyjnemu wykonawcy celem ich zweryfikowania, w tym pod względem zgodności z dokumentami zamówienia.

Jak wyżej wskazano, zasadą na gruncie zamówień publicznych jest jawność postępowania. Zakaz ujawniania informacji aktualizuje się wyłącznie pod warunkiem wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sam fakt traktowania przez wykonawcę określonych informacji jako poufnych nie jest bowiem wystarczający dla potwierdzenia ich wartości gospodarczej, przy czym za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ogólnikowe wskazywania na know-how przedsiębiorstwa i samo zapewnienie, że zastrzegana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasada jawności postępowania pozostaje w związku z zasadą transparentności postępowania i służy m.in. umożliwieniu weryfikacji decyzji podejmowanych przez zamawiającego w zakresie oceny ofert.

Ciężar wykazania konieczności utrzymania poufności informacji przekazywanych Zamawiającemu w celu potwierdzenia prawidłowości kalkulacji ceny oraz zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego, obciąża wykonawcę, który wyraża wolę utrzymania określonych informacji w poufności. Niewywiązanie się z tego obowiązku jest jednoznaczne z obowiązkiem ujawnienia zastrzeżonych informacji przez zamawiającego.

W ocenie Izby wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie udźwignął tego ciężaru. Nie można podzielić stanowiska Przystępującego, zaprezentowanego w pisemnym stanowisku z 20 stycznia 2025 r., że skutecznie zastrzegł 42 (z 44) załączniki do wyjaśnień ceny oferty.

Przystępujący zastrzegł w całości załączniki do Wyjaśnień ceny dotyczące kalkulacji ceny jego oferty. W uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do tych załączników, Przystępujący nie wykazał, że w całości zawierają one treści spełniające wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa. Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera szereg powtórzeń ogólnikowych stwierdzeń i głoślowe oświadczenia tego wykonawcy. Nie zawiera natomiast rzeczowego wykazania łącznego spełnienia się przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa co do wszystkich informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach do Wyjaśnień ceny.

Zauważenia wymaga, że niezależnie od przytoczonych powyżej w odwołaniu fragmentów uzasadnienia, w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do załączników do Wyjaśnień ceny, Przystępujący podał m.in.: *Składając zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie przyjętych kosztów oraz czynników, jakie miały wpływ na sposób wyliczenia ceny ofertowej, Wykonawca przedstawił w nich wyliczenia nieznane jego konkurentom na rynku. Informacje te ujawniają podstawy przyjętej przez Wykonawcę strategii cenowej dla poszczególnych elementów oferty oraz sposób kalkulacji cen. Z uwagi na powyższe, uzasadnione jest również objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa Załącznika nr 7 - Szczegółowe informacje dotyczące rozwiązań technicznych, projektowych i materiałowych stosowanych przez Wykonawcę, obniżających koszt inwestycji oraz informacji zawartych w Tabeli dot. zgodności kalkulacji oferty z wymaganiami §5 wzoru umowy - Obowiązki i odpowiedzialność Wykonawcy - Załącznik nr 8, a także w Tabeli - Zgodności*

kalkulacji oferty z wymaganiami SWZ w szczególności z pkt XIV SWZ 3 Załącznik nr 9. Sposób obliczenia ceny oferty, ponieważ inni oferenci, mając do nich wgląd, będą mogli pozyskać wiedzę na temat strategii Wykonawcy oraz przyjętych założeń kalkulacji. Każda z powyższych informacji, w aktualnej sytuacji na rynku zamówień publicznych, gdzie dominuje ogromna konkurencja w pozyskiwaniu zamówień w zakresie infrastruktury drogowej, gdy ceny poszczególnych ofert składanych przez wykonawców różnią się często promilami wartości, ma dla Wykonawców szczególną wartość gospodarczą i przekłada się bezpośrednio na możliwość skalkulowania przez Wykonawcę optymalnej oferty, przy uwzględnieniu wszelkich ryzyk oraz potencjalnych zysków.

Jak wyżej wskazano, Zamawiający odtajnił załączniki nr 8 i 9. Przystępujący nie zaskarżył tej czynności co wskazuje, że zgodził się on z oceną dokonaną przez Zamawiającego, a zatem przyznał, że nieskutecznie uzasadnił swoje stanowisko co do utrzymania tych załączników w poufności.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, w kilku miejscach uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazuje na ścisły związek treści zastrzeganych załączników z tym postępowaniem, a zatem z wymogami postawionymi przez Zamawiającego wobec wszystkich wykonawców biorących w nim udział. Przystępujący podnosi wprawdzie także, że informacje te są uniwersalne i powtarzalne, jednak nie wykazuje na czym miałyby to polegać. Nie wykazuje, dlaczego np. ujawnienie dalszego rozbiecia ceny jego oferty na poszczególne elementy realizacji tego konkretnego zamówienia, miałyby zagrażać jego przyszłym interesom, w tym powodować utratę przewagi konkurencyjnej w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia, czy zbudować przewagę po stronie innych wykonawców. Jakkolwiek w kilku miejscach wskazuje know-how, to jednak czyni to w sposób ogólnikowy.

Jest zrozumiałe, że zaoferowanie w postępowaniu określonych cen, jest sprawą indywidualną każdego wykonawcy. Znajduje to przełożenie na cenę jego oferty, która jest jawna i powinna uwzględniać wszystkie elementy związane z opisem przedmiotu zamówienia. Trudno zatem bez konkretnego, rzeczowego uzasadnienia Przystępującego, uznać, że w analizowanym postępowaniu, każda pozycja wyceny oferty, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji przyjąć, że istnieje uzasadnienie dla wyłączenia możliwości weryfikacji założeń przyjętych przez tego wykonawcę. Tym bardziej w sytuacji, gdy cena oferty tego wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu.

Uzasadnienie Strabag Sp. z o.o. nie przedstawia także przekonującego uzasadnienia, dlaczego poznanie przez konkurencyjnych wykonawców treści zastrzeżonych załączników do Wyjaśnień ceny miałyby stanowić zagrożenie jego interesów i zmniejszenie przewagi konkurencyjnej w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, ma charakter ogólny. Istotna część uzasadnienia, to teoretyczne wywody niewnoszące żadnej wiedzy co do zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w zastrzeganych załącznikach do Wyjaśnień ceny, dotyczące obowiązujących przepisów prawa, poparte cytatami z orzecznictwa.

Zwraca przy tym uwagę, że w znacznej części przywołane zostały przywołane przez Strabag Sp. z o.o. orzeczenia z okresu obowiązywania przepisów, które nie przewidywały wymogu wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wymóg wykazania został bowiem wprowadzony dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232). Tym samym orzecznictwo dotyczące postępowań wszczętych wcześniej nie jest adekwatne do obecnie obowiązującego stanu prawnego.

Przystępujący podał, że *Wartość gospodarcza przedstawionych przez Wykonawcę informacji przejawia się m. in. tym, że udostępnienie zastrzeżonych informacji spowoduje, że konkurenci Wykonawcy, a także inne podmioty zainteresowane pozyskaniem tych informacji będą miały możliwość: - zapoznania się z zastrzeganyimi danymi, przetworzenia tych danych oraz używania ich na własne potrzeby w celu rozwoju i udoskonalenia własnych rozwiązań w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Skutkiem pozyskania ww. informacji może być m. in. zdobycie informacji o podejściu do realizacji, metodyce pracy, co jest wyłącznie wiedzą wewnętrzną, wyróżniając poszczególnych wykonawców na rynku, dając im przewagę, że pozwala ona na zdobywanie zamówień. W przypadku informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę, ich wartość wynika z potencjalnej szkody, jaką Wykonawca mógłby ponieść w wyniku ich ujawnienia. Szkoda ta jest niemożliwa do wycenienia. Ewentualne ujawnienie informacji o metodzie przygotowania oferty spowoduje utratę wartości tych informacji ze względu na potencjalną możliwość ograniczenia konkurowania w innych postępowaniach. Inni Wykonawcy będą mogli po zapoznaniu się z informacjami poufnymi stosować podobne metody lub przewidywać sposób przygotowania oferty przez Wykonawcę, co utrudni składanie ofert konkurencyjnych i naruszy zasady uczciwej konkurencji dając uprzywilejowaną sytuację innym podmiotom. Na skutek*

wykorzystania informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy, inni przedsiębiorcy mogą zaoszczędzić wydatków, a wykorzystanie tych informacji może przysporzyć im zysków.

Przystępujący nie wykazał przy tym, które z zastrzeżonych w tym postępowaniu informacji mogłyby zostać wykorzystane w innych postępowaniach przez innych konkurencyjnych wykonawców, nadto w taki sposób, że odbyłoby się to ze szkodą dla niego, przy jednoczesnym zaoszczędzeniu własnych wydatków.

W sprawie chodzi o wycenę realizacji tego konkretnego zamówienia i przy uwzględnieniu konkretnych wymogów Zamawiającego. Nie zostało wykazane na czym miałyby polegać zagrożenie dla wykonawcy Strabag Sp. z o.o. polegające na ograniczeniu konkurencji w innych postępowaniach na skutek zapoznania się przez konkurencyjnych wykonawców z jego kalkulacją ceny oferty przedmiotowego postępowania. Tym bardziej, że jak dalej wskazał sam Przystępujący *kalkulacja i założenie oferty w jednym postępowaniu nie przesądza o identycznej kalkulacji w innym postępowaniu.*

W ocenie Izby nie sposób uznać za trafną, argumentacji Strabag Sp. z o.o., że wartość gospodarcza informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy *wyraża się chociażby w sumie następujących kwot: kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy ceną naszej oferty a ceną oferty wykonawcy, który plasuje się na kolejnej pozycji w zakresie kryterium ceny (świadcząc o przewadze konkurencyjnej Strabag Sp. z o.o.; tj. 12 603 851,34 zł) oraz kwoty stanowiącej równowartość wynagrodzenia podmiotu zewnętrznego (CML Construction Services Sp. z o.o.) za przygotowanie wyjaśnień w zakresie ceny oferty Strabag Sp. z o.o.*

To, że cena oferty Przystępującego jest znacząco niższa, niż ceny pozostałych ofert, samo w sobie nie oznacza, że różnica w cenach ofert stanowi wartość gospodarczą tego wykonawcy, że na skutek ujawnienia zastrzeżonych przez Strabag Sp. z o.o. załączników do Wyjaśnień ceny, różnica ta zostałaby zniwelowana w przyszłych postępowaniach. Trudno też uznać, że na wartość gospodarczą załączników do Wyjaśnień ceny, składa się kwota wynagrodzenia podmiotu zewnętrznego za przygotowanie wyjaśnień ceny.

Przystępujący wskazał też, iż *kosztorys zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie w jakim zawiera w sobie konkretne nazwy poddostawców, ilość i rodzaj zastosowanego materiału, metodologie wykonania, wydajności itd. Informacje te nie wynikają wprost z dokumentacji zamawiającego, a stanowią indywidualny dobór wykonawcy.*

Tymczasem w analizowanej sprawie załącznikiem do Wyjaśnień ceny nie jest kosztorys, zawierający ww. dane. Powyższe stwierdzenie wskazuje zatem na sztampowy charakter uzasadnienia.

Niezależnie od tego, wskazania wymaga, że w całości zastrzeżone przez Strabag Sp. z o.o. załączniki, w tym kalkulacja ceny, zawarta w załączniku nr 6, tylko w odniesieniu do niektórych pozycji zawiera np. dane dotyczące wydajności czy nazwy podwykonawców/dostawców. Nadto ujawnienie ofert podwykonawców/dostawców może nastąpić w taki sposób, że ich nazwy nie zostaną udostępnione.

Dalej Przystępujący podał: *Z uwagi, iż Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wskazanie sposobu kalkulacji ceny, Wykonawca sporządził niezbędne autorskie opracowania, ukazujące sposób kalkulacji ceny wykorzystując swoją wiedzę i doświadczenie. Wykonawca podkreśla, że cena oferty ma charakter ryczałtowy i zgodnie z SWZ ma być wyliczona w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, wymagania wskazane we wzorze umowy oraz w pozostałych dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego uwzględniając wszystkie niezbędne elementy do prawidłowej realizacji zamówienia. Tym samym Wykonawca zobowiązany był poczynić własne założenia i wyliczenia ceny, stosując przy wyliczeniach metodę kalkulacji własnej.*

Kalkulacja ceny oferty z wykorzystaniem wiedzy i doświadczenia wykonawcy, dla jej rzetelnego określenia w ofercie, winna być dokonana przed złożeniem oferty i - jak sam wskazał Przystępujący - ma być wyliczona w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, wymagania wskazane we wzorze umowy oraz w pozostałych dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego, a więc w oparciu o takie same dokumenty udostępnione na równych zasadach wszystkim wykonawcom. Każdy z doświadczonych wykonawców zobowiązany jest do szczegółowego przeanalizowania udostępnionych przez Zamawiającego specyfikacji warunków zamówienia i innych dokumentów przetargowych i w oparciu o nie do przyjęcia założeń kalkulacyjnych. Ważne jest to, czy uczyni to w sposób prawidłowy, przy uwzględnieniu wymogów postawionych w dokumentach zamówienia.

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. podał też, że *sposób przypisania przez wykonawcę kosztów do danego zakresu/elementu robót jest więc efektem zdobytego przez niego know-how, zdobytego na podstawie doświadczenia i wieloletnich kontaktów z podwykonawcami/dostawcami. Są to informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty indywidualnie przyjmowane przez Wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania. Informacje te stanowią o przewadze Wykonawcy wobec pozostałych wykonawców w związku z wypracowanym przez lata prowadzonej działalności*

gospodarczej sposobem budowania ocen oferowanych, który został wykorzystany w niniejszym postępowaniu, w tym w zakresie proporcji materiałów, kosztów robocizny oraz zakładanego zysku.

Jak wyżej zostało wskazane, wycena oferty winna być dokonana z uwzględnieniem w szczególności dokumentacji postępowania i to zakres przedmiotu zamówienia w niej zawarty winien być rzetelnie wyceniony. Trudno zatem, bez szczegółowego wyjaśnienia Przystępującego, uznać, iż np. przyjęta przez niego *proporcja materiałów, kosztów robocizny oraz zakładanego zysku*, przesądza o niejawnym charakterze załączników. Tym bardziej, że jak zaznacza Przystępujący, informacje te dotyczą wyłącznie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie zostało wykazane, w jaki sposób inni wykonawcy mieliby wykorzystać dane zawarte w załącznikach do Wyjaśnień ceny w innych postępowaniach.

Za nietrafioną w omawianym zakresie, należy także uznać argumentację zawartą w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że nie ma znaczenia, iż konkurując na rynku podmioty mniej lub bardziej znają posiadany przez siebie sprzęt, bowiem istotny jest każdorazowy dobór sprzętu pod konkretne zamówienie, który może wpłynąć na obniżenie ceny oferty. Przystępujący zastrzegł natomiast także załącznik zawierający wykaz sprzętu.

Skoro zasoby sprzętowe wykonawców są znane a kwestia ich doboru ma znaczenie dla danego zamówienia, to trudno uznać, iż wiedza o tym, jaki sprzęt został wskazany w tym załączniku, przysporzy konkurencyjnym wykonawcom korzyści i będzie mogła być wykorzystana do innego celu, niż weryfikacja prawidłowości wyceny oferty Strabag Sp. z o.o., złożonej w tym postępowaniu. Tym bardziej, że jak wskazał Przystępujący koszty pracy i sprzętu zależne są od zakresu realizowanych robót oraz warunków logistycznych czy gruntowych (inne są koszty pracy maszyn w gruntach niespoistych (inaczej sypkich) np. żwir, piaski, a inne w gruntach spoistych (np. il, glina).

Wykonawca Strabag Sp. z o.o. wskazał, że *objął tajemnicą oferty podwykonawców/poddostawców, które zostały złożone Wykonawcy, a tym samym są dedykowane specjalnie na jego zindywidualizowane potrzeby w ramach niniejszego postępowania.*

Trudno zatem uznać, że poznanie cen zawartych w tych ofertach, będzie ma inny walor, niż weryfikacja kalkulacji ceny oferty Przystępującego, złożonej w analizowanym postępowaniu. To, że jak stwierdził Przystępujący, każda z tych ofert została zindywidualizowana w odniesieniu do Wykonawcy w stosunku do standardowo stosowanych przez dany podmiot warunków handlowych z uwagi np. na trwającą przez lata współpracę stron, a także z uwagi na pozycję rynkową Wykonawcy, samo w sobie nie przesądza o konieczności utrzymania ich poufności.

Nie jest bowiem sporne, że Strabag Sp. z o.o. od wielu lat działa na rynku i mógł sobie wypracować korzystne warunki współpracy z podwykonawcami i dostawcami. Nadto w okolicznościach analizowanej sprawy, gdzie Odwołujący nie oczekuje ujawnienia danych osobowych i teleinformatycznych podwykonawców i dostawców, nie sposób uznać, że o utrzymaniu poufności ofert miałyby przesądzać to, iż jak stwierdził Przystępujący, konkurencyjni wykonawcy w relacjach z tymi podwykonawcami mogliby dążyć do pozyskania analogicznych warunków współpracy.

Dalej, wprowadzając do podjętych działań w zakresie poufności, Przystępujący stwierdził m.in. *W świetle prawa unijnego jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma charakteru absolutnego. Tym samym ujawnienie jakichkolwiek treści dokumentu, które nie mają znaczenia dla oceny wyjaśnień, w celu bezwzględnego przestrzegania zasady jawności postępowania jest sprzeczne z wykładnią art. 5 kc.(...).*

Przystępujący nie podniósł i nie wykazał natomiast, że zastrzeżone przez niego załączniki do Wyjaśnień ceny, nie mają znaczenia dla oceny złożonych przez niego Wyjaśnień ceny.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający utajnił więcej załączników niż zastrzegł wykonawca Strabag Sp. z o.o., tj. utajnił także nie wymienione na wstępie (str.1) Wyjaśnień ceny załączniki nr 11-17, wskazania wymaga, że w piśmie z 20 stycznia 2025 r. Przystępujący zauważył, że na stronie 10 wskazał, jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa, załącznik nr 7 wraz z informacjami zawartymi w załącznikach do tego dokumentu, a załączniki nr 11-16 stanowią załączniki do załącznika nr 7.

Przystępujący przyznał jednocześnie, że załącznika nr 17, tj. fragmentu umowy ramowej nie wymienił wprost także na str. 10 i powołał się na to, że „w pierwszym zdaniu uzasadnienia wskazano, że „dowody do wyjaśnień (załączniki) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 uznk”, a ww. załącznik niewątpliwie stanowi dowód, a także odniesiono się do niego w dalszej części Pisma.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, że na str. 10 w zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca ten wskazał załącznik nr 7 wraz z załącznikami do niego (nie wymieniając tych załączników), jak też ogólnie wskazał na dowody, to jednak zważywszy na, przedstawiony powyżej w ustaleniach, sposób uzewnętrznienia woli Strabag Sp. z o.o. w tym zakresie, nie sposób uznać, że wykonawca ten skutecznie zastrzegł ww. załączniki.

Przystępujący bowiem nie tylko w sposób niespójny wskazał katalog załączników do Wyjaśnień ceny, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Dodania bowiem wymaga, że na str. 29 i str. 30 pisma z 18 października 2024 r. Strabag Sp. z o.o. uznał za jawny nie tylko Kodeks Etyki, na który wskazał na str. 10, ale też zaświadczenie ZUS - Załącznik nr 5. Wykonawca ten nie wykazał również wypełnienia się co do zastrzeżonych załączników wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie wykazał, że zastrzeżone przez niego załączniki do Wyjaśnień ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazał wartości gospodarczej każdej z zastrzeganych informacji, nie wykazał np. w jaki sposób konkurencyjny wykonawca mógłby pozyskać informacje wykorzystać w celu osiągnięcia zysku czy zmniejszenia swoich kosztów w przyszłych postępowaniach.

W ocenie Izby, stanowisko zaprezentowane w piśmie z 4 listopada 2024 r., wskazuje, że wbrew ciążącemu na nim obowiązowi Zamawiający nie dokonał rzetelnej oceny uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przedstawionego przez Strabag Sp. z o.o. i w konsekwencji niepełne i niespójne uzasadnienie oraz zawarte w nim ogólnikowe twierdzenia, nadto miejscami nieadekwatne do zastrzeganych załączników, uznał za przekonujące argumenty.

Zarzuty odwołania dotyczą wszystkich nieodtajnionych przez Zamawiającego załączników do Wyjaśnień ceny, złożonych przez Strabag Sp. z o.o. W odwołaniu Odwołujący ograniczył żądanie odtajnienia do tych informacji, które mogą służyć ocenie poprawności wyceny oferty Przystępującego. W ocenie Izby pozostaje to w związku z celem ujawnienia informacji, tj. umożliwienia weryfikacji, czy cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska.

W związku z tym Izba uwzględniła zarzuty odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Strabag Sp. z o.o., powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odtajnienie żądanych przez Odwołującego załączników do pisma Strabag Sp. z o.o. z 18 października 2024 r. w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Izba uznała ten zakres za adekwatny do celu ujawnienia wskazanych załączników, tj. uzyskania możliwości zweryfikowania, czy cena oferty Przystępującego jest realistyczna i pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie stwierdzono naruszenia przepisów ustawy Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Przystępujący, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: